

Le Contrat de Cautionnement en Droit Iranien

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Décembre 1938, à 14 heures

PAR

Abdol Hossein ALI-ABADI

*Bachelier, licencié de la Faculté de Droit de Paris
Licencié ès Lettres (Philosophie) de la Faculté des Lettres de Paris.
Licencié en droit iranien de la Faculté de Droit de Téhéran.
Certifié de Université de Londres*

JURY DE LA THÈSE ::

Président : M. SOLUS, Professeur

Suffragants : MM. HUGUENEY, Professeur
ESCARRA, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1938



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Le Contrat de Cautionnement en Droit Iranien

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Décembre 1938, à 14 heures

PAR

Abdol Hossein ALI-ABADI

*Bachelier, licencié de la Faculté de Droit de Paris
Licencié ès Lettres (Philosophie) de la Faculté des Lettres de Paris
Licencié en droit iranien de la Faculté de Droit de Téhéran
Certifié de Université de Londres*

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. SOLUS, Professeur

Suffragants : MM. HUGUENEY, Professeur
ESCARRA, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1938

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A LA MÉMOIRE ILLUSTRE

DU PROFESSEUR RENÉ DEMOGUE

INTRODUCTION

I

APERÇU TRÈS SOMMAIRE SUR L'ÉLABORATION HISTORIQUE DU DROIT CIVIL IRANIEN

1. — Avant la promulgation du Code Civil iranien qui se réalisa au cours des années 1928-1935, notre droit civil n'était que le reflet fidèle du droit shyite. Les sources principales de ce dernier sont (1) :

1° *Le Coran*, livre saint des musulmans ; il est la source la plus importante du droit shyite ;

2° *Le Sunnat*, ou l'ensemble des paroles et des actes de Mahomet, d'Ali et de ses onze fils ; il comprend aussi l'approbation pure et simple que le prophète a donné aux actes d'autrui ;

3° *L'Idjma*, ou l'accord unanime des jurisconsultes ; il ne peut être en opposition avec le *Coran* ou le *Sunnat* ;

4° *L'Agle*, ou la raison humaine ; il doit éliminer les dispositions législatives qui sont en contradiction avec la raison humaine ;

5° *L'Orf*, ou l'usage qui, en dehors du pur rai-

(1) Docteur Morteza Hosseini, Le statut de la femme mariée, page 45.

Docteur Mohâmmad Nassiri, La donation en droit iranien, page 5.

sonnement, intervient pour résoudre le conflit né de l'incompatibilité entre les dispositions religieuses et les réalités de la vie pratique.

Les juristes et les jurisconsultes shyites tranchaient les questions juridiques conformément à ces sources. Comme leur attitude et surtout leur désaccord dans la solution des difficultés juridiques n'étaient pas sans inconvénients, il y avait un mouvement latent en faveur de la codification du droit civil iranien.

2. — Comme le droit civil iranien est basé sur le droit shyite, nous sommes obligé de mettre en relief les caractéristiques du droit shyite.

II

APPRÉCIATION CRITIQUE DU DROIT SHYITE

3. — Pour analyser les caractéristiques du système juridique d'un pays, on est obligé de scruter l'activité des jurisconsultes de ce pays sous deux angles : tantôt au point de vue de *connaissance* et tantôt au point de vue *d'action*.

Quand l'activité des jurisconsultes s'oriente vers le domaine de *connaissance*, elle établit purement et simplement la vérité de la « nature sociale » en la dépouillant autant que possible de l'arbitraire qui s'est infiltrée sous la pression des besoins pratiques. Cette constatation éliminatoire énonce d'une façon précise la règle du droit, « telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut ». Elle fait apparaître les problèmes de la vie juridique tels qu'ils surgissent des situations objectives. Dans ce domaine, on découvre les germes du

droit tels que le progrès ultérieur de la civilisation les modèle sur les besoins mêmes de l'ordre juridique.

Quant l'activité des jurisconsultes converge vers l'action, elle tend à adapter les règles du droit acquis du domaine de *connaissance*, au milieu à régir. Cette activité est mise en mouvement exclusivement pour être en contact étroit avec l'action. Les règles du droit extraites du domaine de *connaissance* sont assouplies ou transformées pour la vie juridique du pays. Cette activité trace aux hommes les règles de conduite ; elle suggère la direction appropriée à poursuivre. Si poussées et si fécondes qu'aient pu être les règles du droit du domaine de *connaissance*, on est obligé de les faire concorder avec les nécessités de la vie pratique. L'activité des jurisconsultes doit dégager les règles adéquates qui se succèdent continuellement dans l'évolution sociale.

Les règles du droit à l'état brut qui contient moins d'arbitraire ou d'artificiel sont appelées par M. François Gény, *le donné*. Ce donné sert de matière pour une élaboration scientifique du droit positif et son étude forme la science juridique.

Le résultat du travail de transformation et d'assouplissement que les règles du droit subissent sous l'influence de la pratique est appelé par cet éminent auteur *le construit*. Ce construit sert de matière pour une élaboration technique du droit positif et son étude forme la technique juridique.

Mais signalons tout de suite qu'on ne peut pas séparer *le donné* et *le construit* par une cloison étanche. Leur connexité et leur rapport sont trop étroits, de sorte que sans leur interférence continue on ne peut pas prétendre que l'activité du jurisconsulte puisse arriver à assurer toutes les di-

rections nécessaires de l'horizon juridique d'un pays.

C'est à la suite de cette interdépendance étroite que le *construit* d'une époque peut se transformer en *donné* de l'époque ultérieure, de sorte que la somme du *donné* d'un pays est toujours en voie d'accroissement.

Comment à cet égard se présente le droit shyite ?

A. — Les données

4. — M. François Géný, dans la seconde partie de son œuvre : « *Science et technique en droit privé positif* » (2), en étudiant les différents aspects de tout système juridique, déclare : « Si, nous plaçant en face du complexus étonnamment varié et enchevêtré du monde social où s'agite et se poursuit la destinée humaine, nous cherchons à en dégager les éléments, qui, par leur valeur propre, puissent, en quelque mesure, constituer les règles primordiales du droit suivant le programme que nous nous sommes assigné, il semble que nous nous attaquions à une besogne démesurée, voire infinie, et presque fatalement vouée à l'insuccès. Quelles circonstances de la vie, et, pour ainsi dire, quelles parcelles de l'univers sensible ou supra-sensible ne sont pas susceptibles d'influer sur la conduite des hommes, pour en postuler une direction, qui, suivant le temps et le milieu, pourra prendre la couleur juridique ? Et, ne risquons-nous pas d'être écrasés sous leur masse, à vouloir composer toutes ces formes multiples, disparates, parfois contradictoires, en vue d'en tirer une résultante dominatrice, que paraît repousser leur hétérogénéité irréductible ?

(2) Tome II, page 369.

« Il faut savoir franchement le reconnaître, — nous ne pouvons ici prétendre à faire plus que discerner les lignes principales, le long desquelles se poseront des faisceaux de mobiles capables de suggérer des règles de droit. Mais, ce qui importe surtout, c'est d'établir entre ces mobiles, des groupes aussi distincts, aussi pleins, aussi compréhensifs que possible, de spécifier chacun d'eux, d'en soupeser la valeur quant à notre objet, d'en mesurer la force de résistance, afin d'en dresser comme une échelle, qui les hiérarchise tous, et d'en préparer les actions réciproques et les combinaisons nécessaires, pour l'obtention du but à atteindre par la pleine réalisation de l'ordre juridique.

« Et, puisque cette étude nous met en présence de ce que j'ai appelé le *donné*, servant de matière première aux efforts des jurisconsultes, je proposerai, usant d'une liberté d'analyse et de terminologie, qu'autorise un sujet trop peu considéré sous cet angle, — d'y reconnaître quatre aspects principaux qui nous présentent à la base de tout système juridique : des données *réelles* ou strictement *naturelles*, des données *historiques*, des données *rationnelles* et des données *idéales* ; toutes devant contribuer ensemble — chacune pour sa part et sa façon — à suggérer les directions capitales du droit positif. »

La recherche dans le droit shyite des quatre données, proposées par M. François Géný, illumine les caractéristiques et les lacunes de ce droit ; ainsi nous allons aborder l'examen de ces quatre données.

a) *Les données naturelles ou réelles.*

4. — Ces données sont celles qui s'imposent dans l'ordre naturel des choses ; elles servent d'impul-

sion dans la réglementation juridique des dispositions législatives ou en circonscrivent le circuit d'application. L'exemple qui illustre bien l'existence de la donnée réelle, c'est son examen dans l'institution du mariage. En effet, le mariage sert à assurer le bonheur des deux époux par la perpétration de l'amour et la perpétration des espèces. Cette direction d'esprit doit guider le législateur dans sa réglementation juridique. Il doit faire attention à ne pas contrecarrer ce but, sinon il fera écrouler toute la réglementation. C'est l'aménagement de cette donnée réelle qui nécessite le mariage entre époux de sexes différents.

5. — Ces données s'accroissent à mesure que des changements surviennent dans la vie sociale. Et l'intensité de leur force dépend de ce fait qu'elles sont à l'abri de la règle du bon plaisir.

6. — Le Coran, qui dans un langage sublime et de haute valeur littéraire contient des prescriptions légales et morales, a basé sa réglementation sur ces données réelles de la vie au moment de son apparition. Le *Sunnat* peut, dans une certaine mesure, être considéré comme la deuxième source pour les données réelles.

b) *Les données historiques.*

7. — Tous les moyens qui concourent à la réglementation de la vie humaine ou sociale servent d'assiette à la création de la donnée historique qui, à la longue, acquiert une vie propre et est douée d'une puissance effective.

8. — Une partie des préceptes de Mahomet,

bien qu'il ait assumé la charge rigoureuse d'apporter des innovations civilisatrices, ne put échapper à l'influence des coutumes locales des Arabes. Les versets contradictoires du Coran sont expliqués dans une certaine mesure par la force incontestée de la donnée historique. Au début, quand Mahomet ne pouvait pas s'opposer à cette donnée historique, il était obligé de la respecter, ou au moins, d'édulcorer les changements qu'il avait l'intention d'imposer. Et quand il pressentait qu'à la suite de l'évolution des mœurs, le moment était devenu favorable pour battre en brèche une institution juridique indésirable, il la modifiait sans tergiversation.

9. — La donnée historique qui doit servir comme un instrument d'investigation, était toujours prise en considération par Mahomet, Ali et ses descendants. Mais après ceux-ci les juristes n'ont pas su profiter de cette méthode d'observation. Les juristes croyaient que tous les préceptes de Mahomet et de ses descendants pouvaient assurer à perpétuité toutes les aspirations sublimes de la vie sociale. Imbus de cette croyance aveugle et obstinée, ils ne voyaient plus de raison d'être au maniement de la donnée historique pour discerner le moyen efficace qui pousse la société vers le développement moral.

10. — En comparant leur opinion avec l'Ecole sociologique contemporaine, nous voyons qu'ils sont en opposition. Tandis que les sociologues croient que la direction d'esprit du législateur doit être orientée d'après le passé pour éclairer *l'art moral rationnel*, les juristes shyites étaient convaincus du caractère idéal de tous les préceptes de Mahomet. Leur attitude va à l'encontre d'une conception d'en-

semble de l'Univers qui montre une orientation indiscutable vers le perfectionnement. Car le droit n'est qu'une partie intégrante de la philosophie de l'homme et de la philosophie du monde. La conception qu'on doit avoir du droit doit être calquée sur celle de l'Univers qui est en perpétuelle évolution. Le droit doit, par sa concordance avec cette perpétuelle évolution de l'Univers, favoriser et accélérer l'ascension de l'Homme vers sa finalité intime.

11. — Il faut attribuer à l'indifférence de la méthode d'observation, la stagnation du droit shyite qui n'a pas suivi le même sort que le droit romain.

12. — Cette conception particulière du droit nous met en présence d'un fatalisme qui verrait accompli le but du mouvement social. Si auparavant nous avons signalé que le droit shyite est en opposition avec l'Ecole sociologique, par contre au point de vue du fatalisme ils se ressemblent. En effet, l'Ecole sociologique soutient cette doctrine qu'il faut constater seulement la direction de la vie sociale sans édicter des normes. Les juristes musulmans prétendaient qu'on commet un péché impardonna-ble si on prend l'initiative de scruter par un examen critique l'utilité des préceptes de Mahomet ou d'apporter des modifications en vue d'adapter ces principes au milieu qu'on a à régir.

13. — Nous ne sommes pas enclin à cette attitude d'esprit selon laquelle tous les préceptes de Mahomet sont sujets à une modification radicale. Car, à l'encontre des tendances des sociologues, nous croyons qu'il y a des idéals juridiques et moraux qui ne peuvent disparaître, et s'ils sont sujets

à modification c'est toujours dans le sens du raffinement, mais leur essence est immuable. A l'égard de ces sortes d'idéals multiples de Mahomet et de ses descendants, nous sommes partisan d'une déférence absolue. Notre critique s'oriente vers les réglementations qui n'ont pas ce degré de finalité et sont établies pour faire avancer l'humanité de la phase imparfaite à des phases plus évoluées. Il est certain que lorsque l'humanité est parvenue à un développement moral plus avancé, les réglementations qui étaient moyen de ce développement ne doivent pas subsister si l'on veut ne pas entraver son processus progressif. Pour la hausser au niveau de l'horizon du perfectionnement, nous sommes toujours admirateur de la doctrine de mouvement et de recherche.

c) *Les données rationnelles.*

14. — Si nous avons attaché de l'importance à la donnée historique, c'est qu'elle est une base de travail pour la donnée rationnelle qui procure l'élaboration scientifique du droit objectif. Par la donnée rationnelle, nous sommes assuré que notre choix juridique parmi les trésors du passé sera la réglementation la plus adaptable que nous avons à notre disposition ; et enfin c'est par elle que nous jugeons la nécessité d'innover des règles appropriées qui seront en contradiction partielle ou complète avec notre tradition. Parmi les quatre catégories des données celle-ci est la plus importante, parce qu'elle nous rend capable de conduire avec discernement la vie sociale d'un peuple.

15. — La donnée rationnelle doit être envisagée sous deux angles dans le droit shyite.

a) Quand l'intervention de la raison est en conformité avec le Coran et le *Sunnat* ; dans ce cas, le travail rationnel des juristes shyites mérite l'admiration par la subtilité de leur épistémologie juridique. Au moyen de constructions d'esprit variées, ils ont pu dégager toutes les conséquences nécessaires. Ils n'ont pas discuté seulement chaque précepte dans son aspect abstrait, mais aussi, dans une certaine mesure, dans ses applications à la vie courante. Ils ont discuté le rapport de prépondérance ou d'équivalence entre les intérêts divers des ayants droit. Ils ont moulé leurs idées dans des constructions expressives et quelquefois ordonnatrices tels que termes, définitions, divisions, classifications. Ils ont manœuvré les procédés de raisonnement : induction, déduction, analogie, comparaison, etc.

b) Mais quand les solutions du Coran ou du Sunnat entrent en conflit avec la réalité objective de la vie, dans ce cas, d'après certains auteurs, on doit donner la prédominance à la solution que l'*Agle* (la raison humaine) impose. Ainsi ces auteurs sont partisans de la doctrine qui fait intervenir la raison humaine pour écarter les dispositions législatives qui vont à l'encontre de la bonne marche du proprés social. D'autres auteurs, par contre, déclarent que la raison humaine ne peut pas juger les préceptes et les actes de Mahomet qui sont les produits d'une révélation divine.

16. — L'*Agle*, qui peut être considéré comme une des sources du droit shyite, n'a pas servi à combler les lacunes que nous avons signalées à propos de la donnée historique. D'abord, par suite du désaccord qu'il y a entre les auteurs, l'influence de cette source s'est amenuisée. Car les juristes qui

n'avaient pas foi dans la prédominance de la raison humaine, ont donné une solution conforme aux principes posés par Mahomet.

En second lieu, les auteurs même qui professaient la suprématie de la raison humaine, étant imbus de cette idée que les préceptes de Mahomet ont une portée divine et par suite inviolable, n'arrivèrent pas à distinguer les cas de l'intervention de la raison humaine. L'opinion préconçue de la valeur intangible des dispositions législatives islamiques, les empêchait de discerner les cas où vraiment une solution contraire aux préceptes du prophète était nécessitée par les circonstances.

Notre opinion est corroborée par les faits ; car bien que certains principes islamiques soient devenus surannés et ne soient pas adaptables aux circonstances de temps ou d'espace, les juristes ne les ont pas modifiés. Ils pouvaient par l'extension des procédés discursifs de la pensée en vue d'une élaboration scientifique, conforme au but propre du droit, rajeunir la législation musulmane. Nous arrivons ainsi à cette conclusion que la source de l'*Agle* n'a pas pu remédier aux excès du pur fanatisme dans le droit shyite.

17. — Quant à la méthode de raisonnement des juristes, elle implique les inconvénients suivants :

En premier lieu, les juristes avaient l'habitude de concentrer leur effort sur un point et d'oublier l'ensemble dont il fait partie. Par leur exagération dans l'abstraction, ils ont méprisé l'ensemble vivant qui nécessite plus d'attention qu'un point fragmentaire.

Une des conséquences de ce caractère du droit

shyite s'est reflétée chez les auteurs des ouvrages didactiques, qui au lieu d'enchaîner les différentes hypothèses d'une institution juridique par des principes directeurs, les ont étudiées séparément, hypothèse par hypothèse, de sorte que leur connexité logique devient obscure pour une personne novice dans les sciences juridiques.

Une autre conséquence de ce caractère, c'est l'individualisme exagéré du droit shyite. En théorie, l'intervention de l'Etat pour assurer le bonheur public devrait se heurter à la volonté exaltée de l'individu. C'est ainsi que dans les conventions, on voit la prépondérance de la nullité relative sur la nullité absolue, cela pour donner libre carrière aux fluctuations des fantaisies individuelles.

En second lieu, les juristes shyites ont concentré toute leur attention sur l'apparence des paroles du prophète, et n'ont pas découvert la réalité qui y était cachée. C'est cette étroitesse dans l'interprétation de Mahomet qui les a empêchés d'observer la finalité de ses principes. Ils se sont accrochés aux termes mêmes employés et n'ont pas osé édicter des règles plus générales.

18. — Une des conséquences de ce deuxième caractère, c'est que le droit shyite est resté dans la phase de *ce qui est* et n'a pas évolué vers la phase *si cela doit être ainsi*. C'est ainsi que *l'hypothèse* et ses formes accentuées, *la théorie* et le *système*, qui donnent accès à de nouvelles recherches, ne sont pas arrivées à ce degré d'intensité que les pays dans lesquels la loi n'est pas qualifiée de révélation divine, ont atteint. La raison est simple, car l'hypothèse, qui est considérée comme une source inépuisable de découvertes, n'aura de résultat que quand

elle sera basée sur une croyance ferme. Or la fausse opinion que les préceptes de Mahomet doivent régir à perpétuité la vie sociale, ne laisse pas psychologiquement place à l'emploi de ce mode de recherche.

19. — C'est encore la défaillance de l'esprit critique qui a empêché les juristes de discerner les cas où il fallait admettre la nécessité d'exceptions au principe initial. Or c'est une grande lacune dans le droit shyite. Car souvent l'observation des exceptions peut devenir la source d'autres principes qui seront juxtaposés au principe initial ou donneront lieu à la fusion de l'exception et du principe initial dans le creuset nouveau d'un principe qui les englobera.

d) *Les données idéales.*

20. — Ici nous sommes obligé de souligner la doctrine des sociologues. L'Ecole sociologue nie l'existence de l'idéal en appliquant des principes normatifs.

Les adeptes de cette Ecole prétendent que la sociologie, à l'instar des sciences physiques ou naturelles, ne doit avoir d'autre objet que la découverte des lois de la nature. Le résultat nécessaire de cette doctrine est que la sociologie comme les sciences physiques doit être soumise au déterminisme universel, et n'a pas droit de faire de la théorie pure sur les idéals qui sont considérés comme des conceptions métaphysiques. Pour la même raison, les sociologues prétendent que le droit ne doit pas postuler de normes.

21. — Nous ne voulons pas entrer dans le fond de cette question qui est en dehors du cadre de notre ouvrage. Nous soulignons seulement que si cette Ecole a le mérite d'avoir mis en valeur l'aspect objectif de la recherche dans les questions sociales et morales, par contre elle a tort de nier l'existence des fins nécessaires pour véhiculer la conduite sociale en dehors de la méthode sociologique. Bon gré mal gré, nous devons avouer que l'entendement souvent fait intervenir l'intuition qui postule l'idéal. C'est ce que M. François Géný déclare dans son livre *Science et technique en droit privé positif* (3). « Il reste à savoir si nous ne les (les fins) obtenons pas d'une puissance complémentaire de l'entendement, — qu'on appelle croyance, intuition, voire même sentiment, — indispensable, en tout cas, pour assurer à l'homme la plénitude de sa destinée. Et si la foi à cette puissance ne paraît pas strictement scientifique, ne serait-ce pas que notre notion de science est elle-même trop étroite et qu'il serait nécessaire de l'élargir? Science ou non, d'ailleurs, qu'importe! Avant tout, il vaut vivre. Et, du moment que notre vie exige l'idéal, nous saisissons celui-ci où nous pouvons trouver. »

Ainsi nous concluons que le législateur doit greffer sur les trois données susvisées la donnée idéale qui draine les tendances de la collectivité vers le sublime et le perfectionnement. Ce drainage doit se réaliser par le moyen d'un droit positif perpétuellement en progrès.

22. — Par la notion d'intuition concernant la donnée idéale, nous ne voulons pas faire intervenir

(3) *Science et technique en droit privé positif*, seconde partie, page 85.

la doctrine bergsonnienne sur l'intuition qui est floue et opposée à l'intelligence et à l'action. Nous adoptons la conception intuitive de la « philosophie nouvelle », qui se tient en collaboration avec l'action et avec un intellectualisme raffiné. C'est un mode de connaissance qui n'a pas la rigidité de l'intellect pur, quoique son existence dépende d'une certaine activité de l'intelligence. Il intervient comme régulateur propre à combattre l'outrance de l'intellectualisme. C'est une « sympathie intellectuelle » qui par sa subtilité pénètre dans le dedans de la réalité et arrive ainsi à contrôler l'adaptation des lois à la vie.

23. — Une des sources du droit shyite, c'est l'*Idjma* (l'accord unanime) qui consiste dans la communauté d'opinion de la majorité des auteurs à propos d'une solution juridique.

Cette source ne peut pas nous servir de précédent pour l'existence de la donnée idéale dans le système juridique shyite postérieur à Mahomet, puisque souvent cette unanimité était le résultat d'une manière purement formelle d'examiner la lettre des préceptes de Mahomet. Cette lacune dans la conformation d'esprit des juristes shyites est regrettable, et c'est une des raisons pour lesquelles ils n'ont pas pu faire évoluer le droit islamique parallèlement avec le progrès de la civilisation. Ils croyaient qu'on peut garder intangible l'écorce temporelle de certains principes surannés et sans les rajeunir. Ils ne s'apercevaient pas que l'excès de pur intellectualisme, si on ne prend en considération son adaptation à la réalité vivante de la société, est une entrave au processus d'évolution de la vie collective. C'est ainsi que devant l'évolution sociale et la situation nouvelle créée par elle, le droit

shyite était incapable d'adapter les principes du Coran aux exigences concrètes que cette évolution nécessitait.

24. — Auparavant nous avons dit qu'un des inconvénients du droit shyite était son excès d'abstraction. Cet inconvénient s'accroît par la non-application de l'intuition qui pouvait illuminer la réalité à régir. Les juristes shyites ont sacrifié l'action à l'abstraction et ont oublié que l'objectif du droit doit résider dans une meilleure organisation de la vie sociale. S'ils avaient adopté une attitude favorable envers l'intuition, ils auraient rafraîchi le droit islamique par l'expérience intégrale qui est la conséquence nécessaire de l'intuition. Mais malheureusement leur fanatisme, leur intellectualisme exalté, leur étroitesse d'interprétation ont poussé ces juristes shyites à regarder avec mépris les révélations de l'intuition. Leur méthode dogmatique dans le droit islamique a écarté la méthode pragmatique qui nous dirige vers le but à atteindre.

C'est ainsi qu'ils se sont rendus responsables devant l'histoire, de la décadence d'une religion qui, au point de vue des préceptes philosophiques, moraux et enfin pragmatiques, est des plus remarquables.

Telles sont les quatre catégories de données qui préparent les bases de la formation de tout système juridique.

25. — Pour illustrer l'application de ces catégories de données et leurs influences respectives dans l'élaboration d'une loi, prenons comme exemple l'esclavage au temps de Mahomet.

La donnée naturelle suggère que l'homme par son mérite intrinsèque ne doit pas faire l'objet d'ap-

appropriation. Dans le sens de cohérence et de communauté de but, tous les hommes sont égaux ; et c'est par égalité et fraternité qu'ils seront à même de se hausser au niveau de l'horizon du perfectionnement. C'est la raison qui incite Mahomet à abolir l'esclavage.

La donnée historique par contre montrait que tous les peuples pratiquaient l'esclavage. Le prophète voyait que pendant la guerre, la mise en esclavage des prisonniers avait la faveur publique ; et que le caractère vindicatif des peuples les poussait à la vengeance. En outre, les chefs militaires le regardaient comme un moyen efficace pour réduire la force armée d'un peuple ennemi. Devant cette pratique et cet état d'esprit, Mahomet était obligé de conserver intact cet instrument malgré son caractère hideux, sans quoi il privait sa patrie d'un moyen de défense. La justification de la valeur de l'esclavage ressemble tout à fait à la question du réarmement dans l'état actuel de notre civilisation. En effet, tout le monde est d'accord pour déclarer que le réarmement est l'outil d'extermination des peuples. Les hommes d'Etat animés d'un esprit pacifique et humanitaire incitent les dirigeants des autres Etats à faire des accords pour mettre fin à la course aux armements. Mais en même temps ces esprits soucieux du salut de l'humanité poussent leur patrie à s'armer jusqu'aux dents.

La donnée rationnelle insinue que le droit de propriété est un stimulant sans égal pour l'activité légitime de l'individu. Sa restriction n'aura d'autre résultat que de paralyser la marche en avant de la civilisation. Ainsi on arrive à défendre cette doctrine que la propriété doit être absolue dans son objet et dans ses différents modes de fonctionnement.

La donnée idéale par contre condamnait ce pur intellectualisme et poussait le législateur à affiner sa direction d'esprit ; elle l'invitait à abroger l'esclavage. En effet, il était envoyé de Dieu et avait une mission salubre pour l'humanité. Il ne devait par calquer sa réglementation sur les errements des autres ; il devait plutôt s'efforcer de faire de ses préceptes un exemple de bienveillance, de bonheur et de béatitude de la collectivité sociale.

26. — Mahomet, devant ces suggestions contradictoires qui embrassaient tantôt la morale et tantôt la fierté nationale, n'avait qu'à les synthétiser dans la mesure où la malléabilité de la vie sociale le rendait possible.

Il ne prohiba pas l'esclavage, mais en revanche par sa vive intelligence de pénétration des choses, il restreignit son champ d'application. En effet, il posa que l'affranchissement de l'esclave est considéré parmi les actes de bienfaisance de premier ordre. Par ses préceptes moraux, il encouragea la collectivité musulmane à affranchir des esclaves pour attiser l'approbation divine. La fécondité et la souplesse de son esprit ne le conduisirent pas à postuler seulement des principes moraux, c'est-à-dire à figer dans le ressort de la pure morale qui est dépourvue de force coercitive, mais le poussèrent à faire de l'affranchissement la sanction de certaines infractions.

C'est une amélioration notable du sort déplorable d'une catégorie d'infortunés, dans l'histoire de la civilisation des peuples. En suivant l'initiative de Jésus-Christ qui avait dit aussi 600 ans auparavant « Vous êtes tous frères et égaux », il étendit l'horizon moral de ses contemporains. Auparavant l'esclavage était une institution absolue ; la posses-

sion d'un esclave impliquait la jactance, l'ostentation du possesseur ; tandis que dans l'étape nouvelle que l'évolution civilisatrice a parcouru, l'affranchissement est devenu un acte de bienfaisance, un acte qui révèle l'élévation morale de l'affranchisseur.

27. — Que de leçons un juriste dégagé du parti pris peut-il déduire de cette initiative de Mahomet, pour la solution de la destinée ultérieure de l'esclavage et d'autres institutions juridiques surannées du droit islamique !

Malheureusement les juristes n'ont pas voulu scruter le mobile des actes du prophète, et ont perdu leur temps précieux dans des discussions logomachiques.

S'ils avaient résumé toute l'élaboration intime de l'affranchissement, ils auraient dû prohiber intégralement l'esclavage dès qu'ils se seraient aperçus que la convention internationale apportait un élément de modification dans la donnée historique.

S'ils avaient observé dans leur système juridique la question de finalité du genre humain qui était l'objectif primordial de Mahomet, notre trésor juridique serait aujourd'hui pour nous un légitime motif de fierté nationale.

B. — *Le construit*

28. — Comme nous avons déjà signalé au numéro 3, le *donné* ne peut fournir que des lignes de conduite générales, indécises ; seul le recours à l'action révélera d'une façon certaine et précise la réglementation appropriée. Le recours à la pratique forme la technique juridique qui peut quelquefois entrer en conflit avec la science juridique. C'est de la défaillance de cette technique juridique que le droit shyite souffre trop.

III

L'ATTITUDE DES RÉDACTEURS DU CODE CIVIL IRANIEN

29. — Quelle est l'attitude des rédacteurs du code civil iranien devant ces imperfections du droit shyite ? Les rédacteurs du code civil iranien ont suivi fidèlement le sillon tracé par leur prédécesseur. Les emprunts qu'ils ont faits au droit européen sont minimes. Presque tout le contenu du premier volume, qui régit les biens et les obligations, est prévu par les juristes musulmans ; dans le deuxième volume relatif aux personnes et dans le troisième volume concernant les moyens de preuves, on ne trouve que de rares amendements qui sont déterminés par les besoins impérieux de nos mœurs. Ainsi une partie de notre appréciation critique à propos du droit shyite s'applique indirectement à l'élaboration du code civil iranien.

30. — Outre cette appréciation, on peut ajouter les observations suivantes :

1° Le code civil iranien ne contient pas assez de principes directeurs qui sont autant de clefs pour donner des solutions dans le labyrinthe des lois. C'est une lacune qui met le juge iranien dans l'embarras, surtout si l'on considère que les hypothèses des cas particuliers du code civil ne sont pas prévues avec une large ampleur. Dans un pays où l'autorité du juge est restreinte, il est préférable que le législateur étende d'une façon extensive et coordonnée le nombre des principes généraux. C'est ce qu'ont

fait les rédacteurs des codes civils français et allemand. Outre cela un certain nombre de principes généraux sont insérés dans les contrats spéciaux, ce qui fait supposer que leur application doit être limitée à ces contrats.

2° Les chapitres et surtout les sections ne sont pas rédigés avec méthode. Dans la section où le législateur parle des conditions requises pour la validité d'une institution juridique, il insère des articles qui se rapportent aux effets juridiques et réciproquement.

3° La rédaction d'un grand nombre d'articles est très laconique, de sorte que si le lecteur n'est pas versé dans les sciences juridiques, il ne pourra pas les comprendre.

31. — Ayant terminé ainsi notre appréciation critique, qui, pour ne pas sortir du cadre de notre sujet, est rédigée d'une manière très sommaire, nous allons indiquer le plan de notre essai sur le cautionnement proprement dit du droit iranien.

IV

NOTIONS GÉNÉRALES — PLAN DE L'ESSAI

32. — Le crédit présente une utilité indéniable au point de vue économique ; il présente en même temps des dangers ; c'est pourquoi le législateur doit favoriser le crédit mais en s'efforçant de mettre le créancier à l'abri de deux grands périls très fréquents : la mauvaise volonté et l'insolvabilité du débiteur.

3. — Pour garantir le créancier contre la mauvaise volonté du débiteur, la loi iranienne a créé la contrainte par corps ; et pour protéger contre son insolvabilité, elle a accordé au créancier un droit de gage général sur tous les biens de son débiteur, droit de gage qui lui permettra de saisir ces biens, de les faire vendre et de se faire payer sur le prix.

Quoique les limitations et les restrictions que ce droit de gage comporte ne soient pas nombreuses en droit iranien, à l'inverse du droit français, ce moyen n'a d'efficacité que quand on a affaire à un débiteur solvable au moment de l'échéance de la dette. Or souvent le créancier se heurte à l'insolvabilité du débiteur.

34. — Pour remédier à ce danger, on a imaginé les sûretés personnelles et réelles.

Dans la sûreté réelle, c'est le bien qui répond et celui qui le fournit n'est tenu que *propter in rem* ; tandis que dans la sûreté personnelle c'est une personne qui répond pour une autre, donc celui qui fournit sa sûreté personnelle contracte un engagement personnel.

35. — En droit iranien, la sûreté personnelle proprement dite est le cautionnement au sens spécial de ce mot. Au second degré on peut y ajouter le transport des créances et le cautionnement par corps. La sûreté réelle consiste dans le nantissement.

36. — Les rédacteurs du code civil iranien ont consacré les chapitres 14, 15, 16, 18 aux différents contrats de garantie. Mais ils ont intercalé la transaction entre le contrat de cautionnement et le nantissement, et par suite ils ont commis une faute de

logique. Si la nature de *contrat de bienfaisance* du cautionnement et de la transaction les a obligés à suivre ce plan, malheureusement le fait qu'ils ont intercalé le jeu et le pari entre ces contrats de bienfaisance leur enlève cette excuse. D'ailleurs, il était facile de tenir compte de ce double aspect du cautionnement en mettant le titre du cautionnement immédiatement avant le nantissement et en traitant la transaction à l'endroit du jeu et du pari.

37. — Le mot *Zéman* (cautionnement) dans la terminologie des juristes musulmans vise les trois institutions suivantes : le contrat de cautionnement proprement dit, le transport-cession et le cautionnement par corps.

Quand le tiers qui se porte caution ne se trouve pas, à son tour, débiteur du débiteur qu'il cautionne, l'engagement de la caution est dénommé le cautionnement proprement dit.

Quand le tiers qui se porte caution est lui-même débiteur de la personne qu'il cautionne, cette sorte d'engagement s'appelle transport-cession (voir infra n° 82).

Enfin, quand la caution s'engage à livrer une personne cautionnée, son engagement est appelé le cautionnement par corps.

On voit que dans ces trois institutions juridiques une personne en répondant pour une autre, contracte un engagement personnel, et à ce point de vue on peut les considérer comme des sûretés personnelles avec des différences dans le degré de sûreté et dans l'objet de l'engagement.

38. — Il faut souligner que le mot *Zéman* a deux autres significations dans la terminologie ira-

nienne. Il signifie : 1° la responsabilité en général ; 2° l'action de déposer une somme d'argent destinée à garantir les créances éventuelles. Le dépôt d'argent destiné ainsi à servir de garantie s'appelle *vadjho-zémanat*.

39. — Notre thèse porte sur le contrat de cautionnement proprement dit, et nous diviserons nos explications en trois parties.

Dans une première partie, nous examinerons la nature et les conditions de validité du cautionnement.

Dans une deuxième partie, nous étudierons les effets du cautionnement.

Enfin la troisième partie sera consacrée à l'extinction du cautionnement.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA NATURE ET DES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CAUTIONNEMENT

40. — Nous examinerons, dans cette première partie, les points suivants :

CHAPITRE PREMIER. — *Des caractères du cautionnement.*

CHAPITRE II. — *De la formation du contrat de cautionnement.*

CHAPITRE III. — *De l'étendue et de l'interprétation du cautionnement.*

CHAPITRE IV. — *De l'obligation de fournir caution et des diverses espèces de cautions.*

CHAPITRE PREMIER

DES CARACTÈRES DU CAUTIONNEMENT

41. — L'article 684 du code civil iranien définit le cautionnement dans les termes suivants :

« Le contrat de cautionnement consiste en ce qu'une personne s'oblige à payer la chose qu'une autre personne doit. » L'alinéa 11 ajoute : « Celui qui s'engage s'appelle caution, l'autre partie s'appelle *mazmounlah* ou créancier et la tierce personne s'appelle *mazmoun* ou le débiteur principal. »

D'après cette définition, le cautionnement en droit iranien consiste dans la transmission de l'obligation du débiteur à la caution et non pas, comme en droit européen, dans l'adjonction d'un autre débiteur à l'obligation de l'obligé pour garantir l'exécution de l'obligation.

42. — Dans le droit civil français, le cautionnement est un contrat par lequel une tierce personne garantit l'exécution d'une obligation en s'engageant à payer si le débiteur ne le fait pas (art. 2011 du code civil français. « Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

43. — Dans le droit anglais aussi, le cautionnement est régi par le principe d'adjonction.

Chitty (1) à ce propos écrit : « It is a collateral engagement to answer for the debt, default, or that there should be someone liable as principal; miscarriage of another as distinguished from an original and direct engagement for the party's own act. It is therefore, of the essence of this contract and, accordingly, where one party agrees to become responsible for another, the former incurs no obligation as surety if no valid claim ever arises against the principal. »

SECTION I. — L'étymologie du mot *Zéman*

44. — Les deux sectes *Sunnites* et *Shyites* qui ont contribué au développement du droit musulman ont une conception différente de cette institution juridique ; et pour déterminer le point de vue des rédacteurs du code civil iranien, nous sommes obligé de remonter jusqu'à la source et de nous étendre sur le motif de dissidence des juristes musulmans.

45. — Pour expliquer la raison principale de la divergence d'opinion des juristes *Sunnites* et *Shyites*, il faut s'adresser à l'étymologie du mot *Zéman* (cautionnement).

Les juristes *Sunnites* sont d'accord que dans le mot *Zéman* la lettre *N* n'est pas partie intégrante du mot, elle est superflue ; ils prétendent que ce mot dérive du mot *Zamme*, qui signifie réunion, jonction d'une chose à une autre. En conséquence

(1) Chitty's treatise on the law of contracts, the nineteenth edition 1937, page 827.

de cette argumentation, le cautionnement consiste dans l'adjonction, la juxtaposition d'une obligation à une autre et non pas dans sa transmission.

En dehors de la pure logomachie, cette thèse est étayée sur le pouvoir de la volonté et l'intention des parties. Ils déclarent que dans le contrat, la volonté des contractants indique son champ d'application et ses effets juridiques ; par conséquent il faut interpréter le contrat d'après l'intention concordante des contractants. Or dans le cautionnement l'intention du créancier, c'est d'ajouter une sûreté à sa créance. Sinon, le contrat de cautionnement n'offre pas une garantie efficace, et le créancier peut courir le péril de l'insolvabilité éventuelle de la caution sans avoir la possibilité du recours contre le débiteur principal. D'autre part l'intention de la caution dans son engagement personnel n'est pas de devenir le débiteur principal ; son engagement est subordonné au cas où le créancier, en poursuivant le débiteur, n'arrive pas à se faire payer. Or, si l'on fait consister le cautionnement dans la transmission de l'obligation du débiteur à la caution et l'acquittement du débiteur principal, on a contredit l'intention des parties contractantes, c'est-à-dire la caution et le créancier.

46. — Les arguments des juristes Shyites sont aussi d'ordre logomachique et d'ordre juridique.

D'après eux, le mot *Zéman* est dérivé du mot *Zamn* qui signifie contenir, renfermer, et non pas de *Zamme* qui signifie joindre. Ils appuient leur argument sur une règle lexicologique et disent : Si la lettre *N* était superflue, elle ne devrait pas subsister dans la conjugaison des différents temps et modes ; or nous voyons toujours le mot *Zéman* avec la lettre *N*. Donc l'obligation du débiteur principal

est contenue dans l'obligation de la caution, de sorte que cette dernière devient principale et l'engagement du débiteur principal s'évanouit. Quant à leur raisonnement de principe, il repose sur ce postulat d'évidence que la conception de deux débiteurs pour une dette unique est injustifiable. De ces arguments, ils font découler cette conséquence que dans le cautionnement il n'y a qu'une seule obligation et cette obligation est celle de la caution ; l'obligation du débiteur principal est renfermée dans l'obligation de la caution.

a) *L'attitude des rédacteurs du code civil iranien.*

47. — Devant ces deux opinions contradictoires, quelle est l'attitude des rédacteurs du code civil iranien ? D'après l'art. 684 du code civil iranien, il est indubitable que les rédacteurs du code civil ont suivi la voie frayée par les juristes *Shyites*. Donc le principe directeur dans le cautionnement est la transmission de l'obligation du débiteur principal à la caution.

b) *L'appréciation critique de cette attitude.*

48. — Nous allons donner notre appréciation critique sur les thèses différentes des deux sectes *Shyites* et *Sunnites* et sur l'attitude prise par les rédacteurs du code civil iranien.

Peut-être serait-il équitable de donner raison à la conception *Shyite* quant à sa concordance avec les intentions des premiers législateurs arabes. Les raisons qui nous ont amené à prendre ce parti sont les suivantes : La première ce sont les déductions qu'on peut tirer de l'étymologie du mot cautionne-

ment. Il va sans dire que le sens plausible du mot *Zéman* c'est contenir, remplir ; la prétention de la superfluité de la lettre *N* est un raisonnement sophistique et s'oppose aux règles de la lexicologie arabe.

Quant au raisonnement des juristes Shyites concernant l'impossibilité de deux débiteurs pour une dette unique, nous l'écartons.

Dans le contrat de cautionnement au sens de l'adjonction, il n'y a pas deux obligations, celle du débiteur principal, et celle de la caution ; il y a une obligation cautionnée à laquelle se rattache le cautionnement ; de même que dans l'obligation garantie par un nantissement il n'y a qu'une obligation, dont le gage est l'accessoire.

49. — La raison probante qui nous a obligé à donner raison aux juristes Shyites, c'est l'examen rétrospectif de l'état social du temps des premiers législateurs arabes. Au moment de l'éclosion de l'Islam, il est certain que l'Arabie était dans les premières étapes de l'évolution sociale. Or à l'enfance de cette évolution, tous les droits et devoirs sociaux, politiques et familiaux se confondent et pèsent indistinctement sur tous les membres du groupe. C'est la collectivité qui est le vrai sujet de droit et d'obligation. Cette collectivité s'incarne en un chef. Devant cet état de choses, si deux membres de deux groupements différents veulent conclure un contrat, il est évident que le créancier prudent qui veut garantir et renforcer sa créance recherche l'adhésion du chef de l'autre groupement. Et comme l'individu est dépourvu de personnalité juridique par rapport au chef qui représente le groupement, l'engagement de ce dernier devient l'obligation principale et remplace complètement l'obligation du pre-

mier débiteur. Peu à peu, sous l'influence des facteurs nombreux d'évolution, les membres des différents groupements entrent en relations fréquentes les uns avec les autres. D'autre part les pouvoirs exorbitants des chefs des différents groupements qui sont l'incarnation de la collectivité s'atténuent. La conséquence inéluctable de ce revirement, c'est l'émergence de l'individu doté de la jouissance de ses droits civils. Dorénavant les membres et le chef du groupement dans l'exécution de leurs droits sont sur la même ligne, et les contractants n'ont pas besoin de l'intervention absolue de celui-ci dont l'autorité et le prestige se sont relâchés. Par suite de cette évolution, les tierces personnes qui se portaient cautions ne sont pas aussi intéressées que les anciens chefs à la cause des débiteurs ; et à la suite du relâchement de leurs liens d'attache, ils ne veulent pas s'exposer au risque de devenir débiteur ; ils se contentent de s'adjoindre comme débiteur accessoire.

Si l'on se réfère au droit romain et à l'ancien droit français, on assiste à peu près à la même évolution. Au début la caution ne se distinguait pas du débiteur solidaire. Le cautionnement se dégagea peu à peu. La *sponsio* et la *fidepromissio* constituaient des cautionnements par leur but, leur forme en faisait des obligations principales (2).

Le droit prétorien créa une nouvelle forme d'engagement pour autrui, le *constitutum debiti alieni* ou pacte de constitut. Si ce pacte s'attachait à une dette déjà existante, dans ce cas il était considéré comme un cautionnement.

Dans l'ancien droit français aussi on ne dis-

(2) Traité théorique et pratique de droit civil, Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl, T. XXIV, pages 482-483.

tinguait pas entre le cautionnement et l'obligation solidaire. Il s'en dégagea ultérieurement.

50. — Par cette investigation sociologique, nous arrivons à cette conclusion que la thèse *shyite* a plus de chance de correspondre à l'intention des premiers législateurs arabes ; et la thèse des juristes *sunnites* doit être considérée plutôt comme une théorie évoluée.

51. — Maintenant il faut examiner l'attitude des rédacteurs du code civil iranien et voir s'ils avaient le droit de suivre la thèse *shyite* et de fonder le principe directeur du cautionnement sur la transmission de la dette.

Nous ne le croyons pas et voici les motifs qui nous ont poussé à la dissidence :

1° En rejetant le principe de l'adjonction, les rédacteurs se sont *exposés* à ce reproche d'avoir établi un autre principe qui heurte la compréhension du public ; car sauf les personnes rompues aux sciences juridiques ou qui ont une érudition parfaite, celui qui consent à devenir caution ignore le principe de transmission de l'obligation contenu dans son offre de garantie, et se croit adjoint pour le cas où le débiteur n'a pas le moyen de satisfaire le créancier. Donc le principe de la transmission expose trop souvent la caution à payer définitivement la dette qu'elle croit seulement garantir ;

2° Même si on accepte que le public s'initiera progressivement à la véritable portée du principe contenu dans le cautionnement, la consécration de ce principe tourne au détriment des débiteurs et des gens honnêtes qui ont momentanément besoin

de l'aide des gens aisés. Le tiers qui a la conviction qu'en devant caution, il acquiert la qualité de débiteur principal, devient parcimonieux de son aide même envers les gens qui ont une renommée de probité. Donc cette disposition législative, au lieu de faciliter la conclusion des affaires, en devient une entrave ;

3° La consécration absolue de ce principe avec toutes ses conséquences possibles. était tellement rigide que les rédacteurs du code civil iranien furent obligés d'adopter des règles qui vont à l'encontre de ce principe, et effleurent plutôt le principe de l'adjonction. D'autre part, on trouve dans le code de procédure iranien des articles qui amorcent le principe de l'adjonction. Ainsi l'application de deux principes divergents dans une institution juridique fait naître un élément de discorde et cause quelquefois des enchevêtrements inextricables. Dans le cours de nos explications, nous mentionnerons les articles qui témoignent de cette antinomie de principes.

SECTION II. — *La définition et les trois caractères du contrat de cautionnement*

a) *Définition du cautionnement.*

52. — Après cet exposé succinct de la notion du cautionnement en droit iranien, examinons la définition du contrat de cautionnement donnée par le code civil iranien. D'après le premier alinéa de l'article 684 : « Le contrat de cautionnement consiste en ce qu'une personne s'oblige à payer le bien qu'une autre personne doit », on peut croire que le cautionnement est parfait même lorsque le créancier ne figurait pas au contrat. Or une pareille

stipulation ne constitue pas un cautionnement, mais une *offre* de cautionnement, car le concours des volontés du tiers qui l'offre et du créancier qui l'accepte y manque. Heureusement l'alinéa 2 est ainsi libellé : « celui qui s'engage s'appelle caution, l'autre partie s'appelle créancier ou *mazmounlah* et la tierce personne *mazmoun* ou le débiteur principal » ; en ajoutant l'expression *l'autre partie* le législateur a comblé la lacune dans une certaine mesure. A notre avis, il était préférable d'ajouter le mot vis-à-vis du créancier au premier alinéa et dire : *le contrat de cautionnement consiste en ce qu'une personne s'oblige vis-à-vis du créancier à payer la chose qu'une autre personne doit.*

53. — Cet article prête le flanc à un autre reproche. En définissant le cautionnement, le législateur en a indiqué l'objet dans les termes suivants : « la chose qu'une autre personne doit ». En conséquence de cette définition, on peut se demander si l'emploi du mot *chose* fait exclure l'obligation d'accomplir un fait. D'après certains légistes, le mot *chose*, même dans le contrat de cautionnement proprement dit, s'applique aussi bien à la chose matérielle qu'à sa jouissance ou à l'accomplissement d'un fait.

Mais l'article 214 du code civil iranien concernant l'objet du contrat a employé les mots *chose* et *fait* comme deux expressions distinctes. « Article 214 : l'objet du contrat doit être une chose ou un fait que chacun des contractants s'oblige à donner ou à faire. ». Ainsi il semble que le cautionnement ne peut avoir pour objet l'accomplissement d'un fait ou d'une prestation quelconque. Or cette solution est inadmissible, puisque l'objet du cautionnement par corps, qui est une variante du cautionne-

ment, est la remise de la personne cautionnée, c'est-à-dire l'accomplissement d'un fait. Ainsi on remarque que la rédaction présente un sens limitatif, tandis que la disposition doit être générale. Donc si on employait le mot obligation à la place du mot bien, cette équivoque n'existerait pas dans la détermination de l'objet du contrat.

Les rédacteurs du code civil iranien, en employant dans l'article 214 l'expression *que chacune des parties* à la place de *qu'une partie*, s'exposent à la critique.

b) *Les trois caractères du contrat de cautionnement.*

54. — Nous allons entreprendre l'étude des caractères du contrat de cautionnement en droit iranien.

1° *Le cautionnement est une contrat unilatéral.*

Le premier caractère du contrat de cautionnement, c'est d'être un contrat unilatéral, puisque le créancier ne s'oblige pas envers la caution.

L'article 685 dispose : « Le contrat de cautionnement n'est pas subordonné au consentement du débiteur principal ». Donc dans le contrat de cautionnement tout se passe entre le créancier et la caution et ce contrat se réalise même si le débiteur ignore que sa dette est cautionnée.

55. — Dans le droit romain et l'ancien droit français, le même principe régnait et Domat en a donné la justification suivante : « De la part du créancier, dit-il, il est juste qu'il puisse prendre ses sûretés, indépendamment de la volonté de son débiteur, et, de la part du fidejusseur, il peut rendre cet office à son ami absent, de même qu'on

peut prendre soin des affaires d'une personne absente » (3).

56. — De l'article 685 du code civil iranien, on peut tirer deux conséquences : a) la caution peut s'engager à l'insu du débiteur principal ; b) la caution peut même s'engager *malgré* le débiteur principal.

2° *Le cautionnement est un contrat accessoire.*

56 bis. — Le deuxième caractère du contrat de cautionnement est d'être un contrat *accessoire*. Son but est de fournir une garantie au créancier. Ce caractère se déduit explicitement de l'article 691 du code civil iranien : « Le cautionnement d'une dette dont la cause n'existe pas encore, est nul ». D'après cet article, le contrat de cautionnement suppose donc nécessairement une obligation préexistante.

Ce caractère de dépendance du cautionnement à la dette principale doit être admis avec une certaine réserve, puisque l'obligation du débiteur peut n'être pas identique à celle du débiteur principal. C'est ce qui se déduit des articles 692, 693, 702, 703, 704, 706 du code civil iranien.

Article 692 : « La caution peut indiquer un terme pour une dette présente ; elle peut aussi s'engager au paiement immédiat d'une dette à terme ». D'après cet article, la caution peut s'obliger plus étroitement que le débiteur primitif, c'est-à-dire s'engager à payer immédiatement alors que le paiement de l'obligation principale est à terme.

Article 693 : « Dans le contrat de cautionnement, le créancier peut demander de la caution que

(3) Guillaouard, *Traité du cautionnement et des transactions*, page 16.

sa créance soit garantie par le nantissement, quoique l'obligation principale ne présente pas cette garantie ».

Article 702 : « Si le cautionnement est à terme, le créancier ne peut pas réclamer sa créance de la caution avant l'échéance du terme ».

Article 703 : « Dans le cautionnement présent, le créancier a le droit de réclamer sa créance quoique l'obligation primitive soit à terme ».

Article 704 : « Le cautionnement pur et simple est présumé exigible sauf quand le contexte démontre qu'il est à terme ».

Article 706 : « Si la dette est à terme mais le cautionnement exigible, le créancier, après la conclusion du cautionnement, a le droit de la réclamer de la caution ».

57. — Ici il faut signaler une différence capitale entre le cautionnement en droit iranien et le cautionnement en droit français. En droit iranien, l'obligation de la caution peut-être moins étendue ou plus étendue que celle du débiteur principal. C'est ce qui se déduit implicitement de l'article 714 du code civil iranien. « Si la caution donne plus que la dette au créancier, il n'a pas de recours pour l'excédent sauf quand il a payé avec le consentement du débiteur. »

Par contre, en droit français, le cautionnement ne peut pas porter sur une somme ou une valeur plus forte, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses que l'obligation principale. Cela résulte explicitement de l'article 2013 du code civil français. « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. » La solution du droit fran-

çais est plus logique, car la cause du contrat de cautionnement étant la garantie qu'il procure au créancier, ici il n'aurait pas de cause.

En se référant à la notion de transmission dans le droit français, on s'aperçoit que le cautionnement-transmission du droit iranien est contraire à l'idée de transmission. Car dans le droit français la transmission d'une dette « implique que le débiteur initial n'est plus tenu à rien et que le nouveau débiteur est tenu exactement comme l'était le premier, pour une cause et dans une mesure identiques » (4).

58. — Est-ce que le cautionnement peut porter sur une prestation différente de celle qui forme l'obligation principale ?

Dans le code iranien, au chapitre du cautionnement, on ne trouve pas d'article spécial concernant cette matière ; mais comme le caractère de dépendance du cautionnement à la dette principale est très atténué en droit iranien, nous ne voyons pas d'inconvénient à répondre affirmativement. En effet, d'après l'article 714, le cautionnement peut porter sur une somme plus forte que l'obligation cautionnée, donc on doit admettre, *a fortiori*, l'hypothèse de prestation différente dont la valeur peut avoir la chance d'être équivalente ou inférieure à l'objet primitif de l'obligation.

En droit français cette question n'est pas tranchée explicitement, mais puisque l'article 2013 du code civil français, se fondant sur le caractère accessoire du contrat de cautionnement, empêche que le cautionnement excède ce qui est dû par le débi-

(4) Traité pratique de droit civil français, par Marcel Planiol-Georges Ripert, avec le concours de Paul Esmein, Jean Radouant et Gabriel Gabolde, T. VII, page 414.

leur, ou soit contracté sous des conditions plus onéreuses, on doit étendre cette solution au cas où le cautionnement porte sur une prestation différente de celle qui forme l'objet de l'obligation principale. Seulement il faut ajouter que si, dans les cas prévus par l'article 2013 du code civil français, le contrat de cautionnement n'est point nul, mais « réductible à la mesure de l'obligation principale », dans cette hypothèse le contrat tout entier est frappé de nullité, puisqu'il n'a plus de cause.

59. — Conformément à l'article 693 du code civil iranien, le créancier peut demander à la caution un nantissement alors que l'obligation primitive n'en présente pas. Ainsi l'obligation de la caution peut être garantie par un gage alors que l'obligation primitive est purement chirographaire.

60. — Les articles du code civil français sur le cautionnement n'ont pas prévu cette hypothèse. On peut se demander si elle rentre dans le système prohibitif de l'article 2013. Nous ne le croyons pas, car la caution qui s'engage, même sans donner de gage, oblige tous ses biens présents et à venir conformément à l'article 2092 du code civil français ; par suite, les conditions de l'obligation ne sont pas devenues plus onéreuses pour rentrer dans l'article 2013. D'autre part, la caution ainsi obligée doit la même prestation que le débiteur principal, elle la paiera dans la même condition que le débiteur principal l'aurait payée, et c'est là le seul but de l'article 2013.

61. — Conformément à l'article 692 du code civil iranien, la caution peut indiquer un terme pour une dette présente. Comme ce défaut de simi-

litude avec l'obligation primitive est une modalité et non pas une différence de fond, il ne se heurte pas au caractère accessoire du contrat de cautionnement.

De cet article on peut déduire une conséquence très importante au point de vue de la compétence, et dire que le cautionnement d'une obligation commerciale peut ne pas être commercial et devenir justiciable des tribunaux civils.

62. — L'article 691 du code civil iranien, en conformité avec le caractère accessoire du cautionnement, énonce : « Le cautionnement d'une dette dont la cause n'est pas constituée est nul ».

Ici il faut faire une distinction très subtile, sinon on dévierait du droit chemin :

Si on donne par avance la sûreté d'une caution pour une affaire quelconque sans préciser la cause, ce contrat est nul puisqu'il va à l'encontre du caractère accessoire du contrat de cautionnement. On ne peut admettre le caractère accessoire du cautionnement et déclarer ensuite que celui-ci peut exister sans qu'il y ait une obligation préexistante à laquelle il se rattache.

Mais si, par avance, on donne la sûreté d'une caution comme garantie d'une vente, ce contrat est valablement constitué.

Bien entendu, le contrat de cautionnement ne peut avoir d'existence sans la préexistence d'une obligation principale à laquelle il se rattache, mais ce contrat peut être contracté conditionnellement ; alors il ne naîtra que du jour où se contractera l'obligation principale.

63. — L'article 694 du code civil iranien dispose : « Il n'est pas nécessaire que la caution en s'engageant ait connaissance de la quantité, des

qualités et des conditions de l'obligation qu'elle garantit ; en conséquence, si quelqu'un se porte caution de la dette d'une personne sans en connaître le montant, le cautionnement est valable ; mais le cautionnement incertain d'une obligation parmi plusieurs est nul ». Ainsi, conformément à cet article, on peut cautionner une personne pour le prix des marchandises que tel commerçant lui vendra. La prescription prohibitive de l'article 691 n'a pas d'application dans cette hypothèse, car la garantie susdite a une cause qui est la vente de la marchandise ; seulement elle n'est pas déterminée dans son chiffre.

64. — Le caractère accessoire du contrat de cautionnement ne met pas obstacle à ce qu'une seconde caution garantisse la première caution. La validité de ce genre de cautionnement est reconnue par l'article 722 qui déclare : « Le certificateur de caution n'a pas droit de recours contre le débiteur principal ; il doit s'adresser à son débiteur ; ainsi chaque caution recourt à son débiteur jusqu'à ce qu'on arrive au débiteur principal ».

L'article 721 du code civil iranien est ainsi conçu : « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné chacune pour sa part et portion, un même débiteur pour une même dette, le créancier a un droit de recours contre chacune pour sa part et portion. Si une des cautions paye la totalité de la dette, il aura un droit de recours contre chacune des cautions qui ont donné leur approbation pour sa part ». Mais le caractère accessoire du contrat de cautionnement, que nous avons déjà admis avec réserve, se relâche ici plus qu'ailleurs, et nous en déduirons des conséquences très importantes en cas de recours des cautions.

3° *Le cautionnement est en général un contrat de bienfaisance.*

65. — Le troisième caractère du contrat de cautionnement, c'est qu'il est en général un contrat de *bienfaisance* par rapport au débiteur ; en effet, sans l'intervention généreuse de la caution, le créancier refuse de faire crédit au débiteur.

Quelquefois le cautionnement peut être un contrat de bienfaisance par rapport au créancier : c'est lorsque le cautionnement intervient après la naissance de la créance. Si à la suite de l'insolvabilité du débiteur la créance du créancier est compromise, il est bien entendu que l'intervention de la caution rend plus de service au créancier qu'au débiteur.

66. — Ce caractère du cautionnement se déduit de l'article 694 qui est en contradiction avec les principes généraux. (« Article 694 : Il n'est pas nécessaire que la caution en s'engageant ait connaissance de la quantité, des qualités et des conditions de l'obligation qu'elle garantit ; en conséquence, si quelqu'un se porte caution de la dette d'une personne sans en savoir le montant, le cautionnement est valable ; mais le cautionnement incertain d'une obligation parmi plusieurs est nul. ») En effet, pour contracter une obligation, la loi a prescrit impérieusement que l'objet de l'engagement soit nettement déterminé. Dans notre hypothèse, la loi n'a pas voulu prendre une attitude rigide pour pouvoir favoriser le débiteur et, dans ce but, elle a relâché les règles dont l'inobservation dans les autres contrats entraîne la nullité. L'article 695 du code civil iranien qui énonce : « Il n'est pas nécessaire que le créancier ou le débiteur connaisse parfaitement la

caution », est édicté sous l'influence de ce même souci.

Cette ligne de conduite des rédacteurs du code civil iranien corrobore notre remarque critique concernant la non-observation du principe de l'adjonction de la part de ceux-ci. En effet, la consécration du caractère de bienfaisance du contrat de cautionnement étant un de leurs objectifs, il était préférable de rejeter le principe de transmission qui a pour effet la substitution de la caution au débiteur, et d'adopter le principe de l'adjonction qui ajoute un autre débiteur au débiteur principal pour le cas où le créancier n'est pas payé. Avec le principe de la transmission, les gens aisés, pour ne pas acquérir la qualité de débiteur principal, deviennent parcimonieux de leur aide et ne se portent pas facilement cautions. Par contre, en introduisant le principe de l'adjonction dans le cautionnement du droit iranien, on donne plus d'occasion au débiteur de trouver une caution. Dans cette opinion nous pouvons être exposé à cette critique que le principe de la transmission est plus en harmonie avec le caractère de bienfaisance du cautionnement. Rationnellement nous sommes de cet avis, mais empiriquement en raison du danger qu'il contient pour la caution, celle-ci concède plus difficilement sa sûreté au créancier ; et le résultat pratique de l'exagération du caractère de bienfaisance du contrat de cautionnement, c'est de le mettre à néant.

67. — Ce caractère de *bienfaisance* du contrat de cautionnement doit être considéré comme plus accentué en droit iranien qu'en droit français. On sait qu'en droit français, par suite du cautionnement, la caution devient un débiteur éventuel, puis-que le principe fondamental dans le cautionnement

est l'adjonction de la dette. En droit iranien, à cause du principe de la transmission de la dette, la caution risque de devenir débiteur principal.

68. — Par suite de l'accentuation de ce caractère en droit iranien, doit-on considérer le contrat de cautionnement comme une donation, et l'assujettir aux règles de celle-ci-?

En principe, la caution, en s'engageant, ne se désiste pas à recourir contre le débiteur et à réclamer le montant de la somme pour laquelle elle s'oblige. La caution n'est donc pas considérée comme un donateur pour le montant de la somme pour laquelle elle s'oblige.

Par contre, le cautionnement devra être considéré comme une donation ou une aumône, lorsque la caution s'est engagée avec l'intention de n'exercer aucun recours contre le débiteur (5). En effet, les trois conditions de la formation de la donation, c'est-à-dire l'intention de donner, la libéralité, le dépouillement immédiat de la caution, au moment où elle s'est engagée vis-à-vis du créancier sont réunies.

L'article 720, qui supprime le droit de recours de la caution en cas de cautionnement à titre gratuit, fait penser que le législateur considère un tel contrat comme une donation : « Article 720 : La caution qui a cautionné *animo donandi* n'a pas droit du recours contre le débiteur principal ».

69. — Le caractère bienfaisant du contrat de cautionnement entraîne une autre conséquence très importante au point de vue de la compétence : le cautionnement fourni pour une dette commerciale

(5) Ce qui différencie l'aumône de la donation, c'est l'intention de faire un acte agréable à Dieu ; elle est une condition indispensable pour constituer l'aumône.

ne doit pas avoir le caractère commercial. En effet, la réalisation du bénéfice est le caractère propre des actes commerciaux et ce but est incompatible avec le but désintéressé qui inspire le contractant d'un contrat de bienfaisance.

On peut objecter que si le caractère de bienfaisance du contrat de cautionnement nécessite la compétence des tribunaux civils pour le cautionnement d'une obligation commerciale, par contre le caractère accessoire du contrat de cautionnement justifie la compétence des tribunaux commerciaux pour une telle obligation.

Nous répondons que la commercialité et la non-commercialité sont considérées comme des modalités, et les rédacteurs du code civil iranien n'ont pas vu dans la différence de modalité une incompatibilité avec le caractère accessoire du contrat de cautionnement.

70. — Il faut signaler que rien ne s'oppose à ce que la caution fasse payer le prix de son intervention. Comme dans le mandat, la stipulation d'une indemnité en faveur de la caution dans le contrat de cautionnement n'a rien de contraire aux principes généraux, seulement le contrat perd son caractère de *bienfaisance*. En effet, outre que le législateur n'a pas interdit un tel cautionnement, le raisonnement *a contrario* tiré de l'article 720 nous donne le moyen de déduire implicitement la validité d'un tel cautionnement. Cet article est ainsi conçu: « La caution qui a cautionné *animo donandi* n'a pas un droit de recours contre le débiteur principal ». Donc le cautionnement peut (et cela fréquemment) ne pas être à titre gratuit, c'est ce qui arrive dans deux hypothèses : 1° quand la caution, par suite d'absence d'intention de libéralité, ne re-

nonce pas à son droit de recours ; 2° quand, outre la conservation de son droit de recours, elle fait payer le prix de son intervention par le débiteur principal. Or ce deuxième cas est celui de notre hypothèse.

71. — En comparant le contrat de cautionnement iranien dans le cas susvisé, où la caution exige une rémunération en échange de sa garantie, avec celui du droit français, il faut dire que le principe de la transmission et celui de l'adjonction conduisent à deux qualifications différentes pour ce genre de cautionnement. En effet, le contrat de cautionnement iranien devient un contrat commutatif à titre onéreux, puisque « chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle ». Par contre, en droit français, cette sorte de cautionnement devient un contrat aléatoire à titre onéreux, puisque l'équivalent de la rémunération accordée à la caution « consiste dans la chance de gain ou de perte, pour chacune des parties, d'après un événement incertain ».

SECTION III. — *Comparaison du contrat de cautionnement avec d'autres engagements*

72. — Pour mettre en relief les caractères du contrat de cautionnement, nous allons le comparer avec d'autres engagements qui ont des points de ressemblance avec lui. Certains de ces engagements qui sont traités spécialement par le code civil français, ne sont pas prévus d'une manière explicite par le code civil iranien. On peut admettre leur vie juridique d'après certains articles qui ont une portée de principe.

a) *Comparaison du contrat de cautionnement avec la promesse de cautionnement.*

73. — On peut comparer le cautionnement avec la promesse de cautionnement. Cette hypothèse n'est énoncée formellement ni par le code civil français, ni par le code civil iranien. En appliquant les principes généraux des obligations contenus dans les deux codes, nous ne voyons aucun empêchement à la validité de cette sorte d'engagement.

La promesse de cautionnement équivaut-elle au cautionnement lui-même ? Il est bien entendu que la promesse dont il s'agit est la promesse acceptée qui se distingue complètement de la simple pollicitation.

Dans le cas du contrat de cautionnement en droit français, les auteurs ne sont pas d'accord. Guillaouard (6) est partisan de cette opinion que la promesse du cautionnement, lorsqu'elle est acceptée par le créancier, produit tous les effets du cautionnement lui-même. « Sans doute, avant d'assigner en paiement le promettant, le créancier devra, pour se procurer un titre, assigner le promettant en réalisation de sa promesse, ce n'est qu'une question de forme, et, au fond, la promesse acceptée produira, à notre avis, tous les effets du cautionnement lui-même, et, notamment, le promettant ne pourra pas se décharger de sa promesse, en alléguant la négligence du créancier à poursuivre le débiteur. Lorsqu'il s'agit d'un contrat ordinaire, la promesse acceptée de passer contrat produit, au moins entre les parties, tous les effets du contrat lui-même. »

(6) *Traité du cautionnement et des transactions*, p. 33.

Baudry-Lacantinerie suit la même opinion :
« La promesse de cautionnement faite au créancier équivaut au cautionnement et permet au créancier de poursuivre le promettant, si le débiteur ne s'acquitte pas à l'échéance. En effet, d'une part, c'est une règle posée par la loi en matière de vente, que la promesse d'un contrat équivaut, sauf intention contraire des parties, à ce contrat lui-même. D'autre part, comme le cautionnement n'est soumis à aucune forme, on ne peut nier la validité de la promesse de cautionnement » (7).

A notre avis, en droit iranien, la promesse de cautionner faite à un créancier ne doit pas être égale au cautionnement. Car, dans le cautionnement iranien, le principe directeur qui gouverne la plupart des rouages de cette institution juridique, est la transmission de l'obligation qui est un principe exceptionnel, et sans utilité pratique. Or, sans une prescription explicite légale, l'application d'un tel principe en dehors de sa sphère est inadmissible. Pour nous qui avons adopté le principe d'adjonction, la restriction du champ d'application du principe de transmission est fondamentale, d'autant que le législateur n'a pas réclamé pour la conclusion d'un tel contrat une capacité limitative spéciale.

b) *Comparaison du contrat de cautionnement avec la recommandation ou le conseil.*

74. — Un deuxième cas de comparaison s'offre avec la recommandation ou le conseil. C'est le cas d'une personne qui invite une autre personne à

(7) Traité théorique et pratique de droit civil, T. XXIV, page 491.

prêter de l'argent à un tiers que l'on recommande ou dont on certifie la solvabilité.

En principe, dans la recommandation ou le conseil, celui qui donne conseil ou recommande n'entend pas s'obliger et l'autre partie à laquelle on a donné conseil ne compte pas sur la personne qui a donné la recommandation ou le conseil ; il a conviction que la recommandation n'est intervenue que par voie d'information et de renseignement.

Mais si les termes dans lesquels la recommandation ou le conseil sont intervenus donnent lieu à équivoque, alors le juge français doit avoir un pouvoir d'appréciation dans l'interprétation de la recommandation ou du conseil, et doit voir si ceux-ci ne se réduisent pas à un simple cautionnement (8). Mais le juge iranien, à cause de la nature de la transmission du contrat de cautionnement, doit être plus difficile ; il ne doit pas assujettir la recommandation ou le conseil aux règles du cautionnement, sauf quand l'intention de cautionner de celui qui a donné la recommandation ou le conseil est d'une évidence indiscutable.

c) *Comparaison du contrat de cautionnement avec la clause de porte-fort.*

75. — Un troisième cas de comparaison se présente avec la clause de porte-fort.

Dans le code civil iranien, la clause de porte-fort n'est pas prévue comme dans le droit français ; et nous l'admettons conformément aux principes

(8) Guillouard, *Traité du cautionnement et des transactions*, page 34.

généraux et surtout en raison de la supériorité de l'autonomie de la volonté qui est le trait caractéristique du droit iranien.

En droit iranien, la clause de porte-fort et le cautionnement se rapprochent plus que dans le droit français, puisque la caution, à la suite de la transmission de la dette, et le porte-fort par voie directe, s'obligent comme obligés principaux. Une première différence de cette clause avec le contrat de cautionnement, c'est que le porte-fort ne s'oblige pas à exécuter l'obligation, il s'oblige à la faire ratifier. Si le tiers refusait de tenir l'engagement qui a été pris en son nom, le promettant doit indemniser le créancier ; mais il n'aura pas de recours contre le débiteur et c'est sa seconde différence avec le contrat de cautionnement.

d) *Comparaison du contrat de cautionnement avec la prestation promise de la part d'une tierce personne.*

76. — Dans le chapitre du code civil iranien, section première, concernant l'exécution des prestations promises, l'article 267 prévoit une modalité de remboursement de la dette d'autrui qui ressemble beaucoup au contrat de cautionnement. Cet article est ainsi conçu : « L'exécution de la prestation, de la part d'une personne autre que le débiteur, est valable, même si cette personne n'a pas obtenu l'agrément du débiteur ; mais celui qui paie la dette d'autrui, s'il a demandé l'agrément du débiteur, a le droit de s'adresser à lui, sinon il n'a pas droit du recours. »

Dans l'article ci-dessus, si nous voulons comparer la situation juridique d'une personne qui

prend l'engagement principal de payer la dette d'autrui avec celle de la caution, trouverons-nous une identité parfaite avec le contrat de cautionnement ? En droit français, ce mode d'intervention dans l'engagement d'autrui peut avoir lieu quand le tiers paie la dette d'autrui à titre de codébiteur, conjoint ou solidaire. Il ressemble au cautionnement. Car il a les mêmes effets que le cautionnement dans les rapports du tiers et du débiteur réel, en ce sens que le tiers a le droit de recours contre celui-ci. Mais il en diffère dans les rapports du créancier et du tiers ; celui-ci ne joint ni du bénéfice de discussion, ni du bénéfice de division, ni du bénéfice de cession d'action de l'article 2037 ; c'est un codébiteur ordinaire.

En droit iranien, la distinction entre le cautionnement et ce genre d'intervention est plus subtile. Les points de ressemblance sont :

D'abord, dans les deux cas, le tiers et la caution n'ont pas de bénéfice de discussion.

En second lieu, quant à la possibilité et l'impossibilité du droit du recours, les deux institutions juridiques sont semblables.

En troisième lieu, le tiers et la caution ont pris l'engagement principal de payer la dette d'autrui.

Par contre, les différences sont les suivantes :

En premier lieu, dans le contrat de cautionnement, quand la caution paie la dette, on doit présumer qu'elle a payé sa propre dette, car après la passation du contrat de cautionnement il y a transmission de l'obligation, et le débiteur principal est déchargé vis-à-vis du créancier. En revanche, la personne non débitrice qui paie la dette d'autrui n'est pas qualifiée légalement débitrice principale, et son paiement est censé fait pour éteindre l'obligation du débiteur principal. Le résultat pratique

de la non-qualification du débiteur principal, c'est que le créancier, à l'opposé de la caution, n'est pas privé de son droit de recours contre le débiteur.

En second lieu, au point de vue des conditions requises pour la formation du contrat, le cautionnement diffère de l'engagement principal de payer la dette d'autrui : dans le cautionnement, l'adhésion du créancier à l'engagement de la caution est nécessaire, tandis que dans le cas de l'article 267, le tiers qui paie peut se passer de son consentement et l'obliger à accepter sa créance. Deux articles prouvent le caractère superflu du consentement du créancier :

1° Le même article 267 valide d'une manière absolue l'intervention de la tierce personne sans exiger aucune condition ;

2° L'article 268 prévoit le cas exceptionnel où on ne peut s'acquitter contre le gré du créancier, ce qui prouve que dans les autres cas on peut se passer de son consentement. « Article 268 : L'obligation de faire, quand on a spécifié qu'elle est remplie par le débiteur lui-même, ne peut être acquittée par une autre personne sauf avec le consentement du créancier. » Outre ces arguments de textes, logiquement le créancier ne doit pas pouvoir refuser le paiement fait par un tiers. Sauf le cas exceptionnel susvisé, peu lui importe qu'il soit payé par une autre personne. L'adjonction d'une tierce personne à son premier débiteur, si elle ne renforce pas la sécurité de sa créance, ne lui fait rien perdre. S'il n'est pas payé par la tierce personne, il a son recours contre le débiteur principal. Par contre, dans le cautionnement, l'adhésion du créancier est fondamentale ; car, si une personne d'une solvabilité douteuse garantit sa dette, par suite de la trans-

mission de l'obligation, il est obligé de subir les conséquences de l'insolvabilité éventuelle de la caution sans avoir le moindre recours contre le débiteur principal.

e) Comparaison du cautionnement avec la novation par changement de débiteur.

77. — Le code civil iranien contient deux articles concernant la novation : les articles 292 et 293. L'article 292 est ainsi conçu : « La novation s'opère dans les cas suivants :

« 1° Quand le débiteur et le créancier par une cause quelconque consentent à la substitution de la nouvelle dette à l'ancienne ; dans ce cas, le débiteur est libéré de l'obligation originaire ;

« 2° Quand un tiers accepte, avec le consentement du créancier, de payer la dette du débiteur ;

« 3° Lorsque le créancier transfère l'obligation du débiteur à un tiers. »

L'article 293, qui est le second article sur la novation, décide : « En cas de novation, les garanties de l'ancienne dette ne passent pas à celle qui lui est substituée, à moins que les contractants ne les aient expressément réservées. »

L'article 292 prête le flanc à la critique. La dernière partie de l'alinéa 1^{er} est considérée comme l'effet juridique de la novation. On ne voit pas pourquoi le législateur l'a ajoutée à l'alinéa premier. Une bonne méthode de rédaction exige que l'effet susvisé soit rattaché au troisième alinéa.

78. — Le sujet de notre discussion est la comparaison du cautionnement avec le cas prévu au

deuxième alinéa de l'article 292 du code civil iranien.

79. — Les points de ressemblance entre le contrat de cautionnement et la novation par changement de débiteur sont au nombre de trois :

1° Les effets juridiques de ces deux institutions sont l'extinction de l'obligation originaire et la naissance d'une obligation nouvelle qui se substitue à la première. A la suite de ces deux effets, on peut tirer cette conséquence que si les conditions requises pour qu'il y ait novation ou cautionnement font défaut, la première obligation ne s'éteindra pas ;

2° Comme l'obligation originaire est éteinte, le débiteur est libéré envers le créancier et par voie de conséquence toutes les garanties fournies par lui deviennent sans objet ;

3° La novation par changement de débiteur et le cautionnement peuvent tous les deux se réaliser sans le concours du premier débiteur.

80. — Les points de différence entre le cautionnement et la novation par changement de débiteur consistent en ceci :

Dans le cautionnement, le législateur conformément à l'article 699 du code civil iranien — « La condition suspensive dans le cautionnement, tel que si le débiteur ne paie pas, je me rends caution, est nulle » — a voulu expressément et d'une manière absolue rompre le lien d'obligation qui existait entre le débiteur et le créancier. Par cet article, il a voulu exclure du champ de la liberté des parties l'insertion d'une clause qui maintienne intact ce lien d'obligation. Donc, en prenant en considé-

ration ce mobile trop cher au cœur du législateur iranien, on peut tirer cette conclusion que le créancier n'a pas le droit de réserver l'adjonction du débiteur à la dette de la caution, et par voie de conséquence les garanties fournies auparavant par le débiteur principal ne peuvent être réservées que sur les biens de la caution.

La prohibition du cautionnement sous condition suspensive a pour objectif la sauvegarde de l'intégrité de la transmission qui est la caractéristique du cautionnement iranien. Or cette prohibition doit s'étendre à celle de la fourniture des garanties de la part du débiteur principal, si on ne veut pas porter atteinte au principe de la transmission. En effet, quand le créancier par une clause expresse a réservé le maintien des garanties que le débiteur primitif a fournies pour sa dette avant l'intervention de la caution, ces garanties paralysent l'action en recours directe du créancier contre le débiteur. La caution peut opposer cette exception que le créancier jouit des garanties de la part du débiteur principal et avant la discussion de ces garanties, il n'a pas droit de la poursuivre.

Ainsi on arrive à cette conclusion que la passation des garanties antérieures fournies par le débiteur à la nouvelle créance, a le même effet que le cautionnement sous condition suspensive par voie d'adjonction du débiteur lui-même à l'obligation de la caution. Et comme le législateur a explicitement prohibé ce dernier, le raisonnement par voie d'analogie nous impose la même solution pour les garanties qui sont fournies par le débiteur principal avant l'intervention de la caution.

Par contre, dans la novation par changement du débiteur, le législateur iranien n'a pas voulu appliquer ce principe rigide du cautionnement ; et

dans l'article 293 il a déclaré que, par une clause expresse, les garanties de la première créance peuvent passer à la nouvelle créance. De cet article, nous déduisons ce corollaire que le créancier peut réserver l'adjonction de l'ancien débiteur au nouveau débiteur pour le cas de défaillance de son droit de recours contre ce dernier.

81. — Ayant comparé le cautionnement d'une part avec l'exécution de la prestation promise de la part d'une tierce personne, et d'autre part avec la novation par changement de débiteur, nous arrivons à la conclusion suivante qui met en lumière leur différence juridique :

1° En cas de cautionnement, l'obligation de la caution doit être intégrale et ne peut pas impliquer l'adjonction de l'obligation du débiteur principal ou la persistance des garanties fournies par lui avant l'intervention de la caution, même si les parties les réservent par une clause expresse ;

2° En cas de novation, l'adjonction de l'obligation du débiteur premier ou la persistance des garanties antérieures fournies par lui sont permises, si les parties les réservent par une clause expresse ;

3° En cas de prestation permise où manque l'*animus nevandi*, l'adjonction du tiers et la persistance des garanties susvisées sont présumées *ipso jure*, sans que les parties soient obligées de les réserver par une clause expresse.

f) *Comparaison du cautionnement avec Havalé cession de créance et cession de dette*).

82. — Avant de comparer ces deux institutions juridiques, précisons la terminologie du mot *Havalé* qui embrasse tantôt la cession de créance et tantôt la cession de dette.

Conformément à l'article 724 du code civil iranien, *Havalé* est un contrat à la suite duquel la créance du créancier contre le premier débiteur se transfère à un tiers. Le débiteur prend le nom de *cédant*, le créancier de *cessionnaire* ; le débiteur, contre lequel existe la créance qui fait l'objet du transport, de *cédé*.

L'article 726 du code civil iranien suppose nécessairement dans *Havalé* que le *cédant* soit débiteur vis-à-vis du *cessionnaire*.

D'autre part, d'après l'article 727, la validité du contrat de *Havalé* n'est pas subordonnée au fait que le *cédé* soit nécessairement débiteur vis-à-vis du *cédant* ; dans ce cas, le *cédé* après son acceptation se considère comme une caution.

En combinant ces trois articles et en discriminant les deux hypothèses juridiques que l'article 727 du code civil iranien embrasse, nous arrivons à la conclusion suivante :

1° Si nous supposons que dans *Havalé*, le *cédé* soit débiteur vis-à-vis du *cédant*, il y a alors une cession de créance puisque nous pouvons appliquer la définition de la cession de créance du droit français à cette hypothèse : « Le transport de créance, que l'on appelle plus souvent aujourd'hui *cession de créance* ou quelquefois *transport-cession*, est la convention par laquelle un créancier cède volonta-

rement ses droits contre le débiteur à un tiers qui devient créancier à sa place » (9).

Par contre, si nous supposons que le *cédé* ne soit pas débiteur vis-à-vis du cédant, il y a une cession de dette, puisque nous pouvons appliquer la définition de la cession de dette du droit européen à ce cas : « La cession ou transport de dette est la convention par laquelle un débiteur transmet son obligation envers le créancier à un tiers qui devient débiteur à sa place » (10).

Un des traits caractéristiques de la cession de dette du droit iranien qui la différencie de celle du droit européen telle que *la reprise de dette* du droit allemand (*Schuldübernahme*), c'est que dans le droit iranien la cession de dette ne se réalise qu'autant que le *cédant*, le *cessionnaire* et le *cédé* y ont consenti ; tandis que dans le droit européen, la convention est efficace « par le seul accord des contractants, c'est-à-dire des deux débiteurs successifs, sauf peut-être à demander ensuite son adhésion au créancier pour qu'elle lui soit opposable ».

83. — Après avoir précisé la terminologie du mot *Havalé*, comparons-le avec le contrat de cautionnement :

Si on prend le mot *Havalé* dans le sens de cession de créance, alors deux traits différencient le contrat de *Havalé* avec celui de cautionnement :

1° Conformément à l'article 685 du code civil iranien, la formation du contrat de cautionnement n'est pas subordonnée au consentement du débiteur principal. Par contre, dans *Havalé*, sans le concours

(9) Traité pratique de droit civil français, Marcel Planiol et Georges Ripert, T. II, page 417.

(10) Id., page 473.

du *cédant*, du *cessionnaire* et du *cédé*, le contrat ne se réalise pas ;

2° Dans le contrat de cautionnement, le tiers qui se porte caution ne se trouve pas à son tour débiteur du débiteur qu'il cautionne. Par contre, dans la cession de créance, le tiers qui se porte caution est lui-même débiteur de la personne qu'il cautionne.

Si on prend le mot *Havalé* dans le sens de cession de dette, le trait qui différencie le contrat de *Havalé* de celui de cautionnement, c'est que la formation de ce dernier est indépendante de la nécessité du concours du débiteur principal ; tandis que dans la cession de dette le concours des trois parties est nécessaire pour sa formation.

84. — A. Adle, dans son livre de droit civil (11), a qualifié le contrat de *Havalé*, dans la seconde hypothèse, de contrat de cautionnement. Telle n'est pas notre opinion.

En effet, le législateur iranien, dans l'article 727, a précisé nettement que *dans le cas où le cédé n'est pas débiteur vis-à-vis du cédant, alors le cédé se considère comme une caution*. Cela veut dire que le rapport du *cédé* avec le *cédant* ou le *cessionnaire* est régi par les règles du cautionnement ; mais le contrat intervenu entre les trois parties garde sa nature juridique et par conséquent sa formation est régie par les articles du contrat de *Havalé* (cession de dette) qui nécessite le consentement du *cédant*, du *cessionnaire* et du *cédé*. Si le législateur avait l'intention de transformer la nature juridique du contrat de *Havalé*, dans le sens de cession de dette, en *contrat de cautionnement*, il aurait dû rédiger

(11) Droit civil, page 424.

l'article 727 du code civil iranien de la manière suivante : *dans ce cas le contrat de Havalé est considéré comme un contrat de cautionnement*. Or le législateur a limité l'application des règles du cautionnement seulement au *cédé* et non pas au contrat de *Havalé tout entier*.

En outre, dans le premier aliéna de l'article 727, le législateur a précisé que pour la formation du contrat de *Havalé* il n'est pas nécessaire que le *cédé* soit débiteur vis-à-vis du *cédant*, ce qui veut dire que même au cas d'inexistence d'obligation de la part du *cédé* en faveur du *cédant*, le contrat de *Havalé* se forme, simplement avec cette particularité que le *cédé* est pris pour une caution.

g) *Comparaison du contrat de cautionnement avec le gage.*

85. — Le gage est une institution juridique de garantie réelle. D'après le code civil iranien, il est fourni par le débiteur lui-même comme garantie de la dette contractée. Bien que le code civil soit muet, nous ne voyons pas de difficulté à ce que le gage soit donné par un tiers pour garantir la dette d'autrui. La tradition mulsulmane aussi était en faveur de la solution affirmative, elle posait cette règle que le nantissement constitué en une chose n'appartenant pas au débiteur est valable si le propriétaire de la chose y consent. L'article 693 corrobore cette tradition.

Ainsi nous arrivons à conclure que le cautionnement et le gage sont tous les deux des contrats accessoires et de garantie. La différence marquante entre eux, c'est le caractère de réalité du gage et le caractère de personnalité du cautionnement. En ou-

tre, le cautionnement d'après sa nature est fourni par une personne autre que le débiteur, tandis que le nantissement peut être fourni indifféremment par le débiteur ou un tiers.

h) *Comparaison du contrat de cautionnement avec le contrat d'assurance.*

86. — On peut aussi comparer le contrat de cautionnement avec le contrat d'assurance.

Conformément à l'article 1^{er} de la loi du 7 Ordibeheshte 1316 (27 avril 1937) : « L'assurance est un contrat par lequel une personne s'oblige, moyennant une prime ou des primes, à indemniser une autre personne des dommages qu'elle éprouve par suite de la réalisation de certains risques, ou à lui payer une somme déterminée ».

En analysant la définition susvisée, nous distinguons trois éléments dans ce contrat : *le risque, la prime, la prestation de l'assureur*. Ce sont ces trois éléments qui font ressortir les caractéristiques juridiques de ce contrat synallagmatique, intéressé de part et d'autre et aléatoire. Or ces caractéristiques sont, en général, opposées à celles du contrat de cautionnement. Comme nous l'avons déjà signalé, le contrat de cautionnement peut être salarié ; dans ce cas alors la différence entre ces deux institutions juridique consiste en ce que dans le contrat de cautionnement l'indemnité est payée par le débiteur cautionné, tandis que dans le contrat d'assurance, elle est payée par le créancier.

i) *Définition du contrat de cautionnement d'après les attributs susvisés.*

87. — En analysant les attributs du contrat de cautionnement, nous avons démontré sa ressemblance avec d'autres contrats. Pour pouvoir écarter toute confusion dans la pratique, nous ne croyons pas satisfaisante la définition du code civil iranien, dont au début nous avons fait une critique sommaire.

Pour réunir tous les éléments nécessaires à la discrimination de ce contrat par rapport à d'autres institutions juridiques semblables, nous sommes obligé de préférer la définition suivante : *le contrat de cautionnement est un contrat unilatéral, accessoire, en général de bienfaisance, dans lequel une personne nommée caution s'oblige vis-à-vis d'un créancier à accomplir les engagements que le débiteur a pris.* Ainsi au moyen de cette définition qui contient tous les attributs caractéristiques du cautionnement, nous pouvons facilement exclure les cas non identiques et appliquer les règles concernant ce contrat aux cas appropriés.

CHAPITRE II

DE LA FORMATION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

88. — Dans ce chapitre, nous traiterons premièrement des conditions requises pour la validité du cautionnement ; deuxièmement des obligations qui sont susceptibles d'être cautionnées.

SECTION I. — *Des conditions requises pour la validité du cautionnement*

89. — Les conditions nécessaires pour la validité du contrat de cautionnement sont au nombre de cinq :

a) *Le consentement des parties.*

90. — D'après la distinction générale de l'article 190 du code civil iranien concernant le contrat, la première condition pour la validité du cautionnement est le consentement des parties. Article 190 : « Les conditions suivantes sont essentielles pour la validité d'un contrat : 1° la volonté des parties et leur consentement ; 2° la capacité des parties ; 3° un objet déterminé sur lequel porte le contrat ; 4° un motif licite. »

Les parties au contrat dans le cautionnement sont le tiers qui cautionne et le créancier dont la créance est garantie. L'article 685 du code civil ira-

nien ne reconnaît pas la nécessité du concours du débiteur principal, de sorte que celui-ci y demeure étranger. « Article 685 : Dans le cautionnement, le consentement du débiteur n'est pas essentiel. » Ainsi on peut cautionner un débiteur même contre son gré.

91. — D'après le code civil iranien, le consentement n'est pas assujetti à l'emploi de termes sacramentels. De la nature consensuelle du cautionnement on peut dégager ce corollaire qu'il peut être fourni par acte authentique, par acte sous seing privé, par la correspondance des parties et enfin oralement, par simple échange de consentements. Seulement quand il est verbal, il n'a d'efficacité que dans les limites prévues par les articles du livre III du 3^e volume du code civil iranien à propos du témoignage. On devra surtout observer la prohibition de la preuve testimoniale pour le cautionnement d'une somme ou d'une valeur supérieure à 500 rials (1).

Cette prohibition souffre une exception : dans les rapports entre la caution et le débiteur, on ne peut exiger absolument la production d'un écrit pour les cautionnements dépassant la somme de 500 rials, puisque de l'article 685 du code civil iranien nous avons déduit ce principe que la caution peut s'engager à l'insu et même contre le gré du débiteur.

92. — Ce qui prouve l'absence de formes sacramentelles et la liberté des parties dans la passation du contrat de cautionnement, c'est le silence

(1) Unité monétaire iranienne.

du code civil iranien. D'où il suit qu'on doit appliquer le droit commun de la législation iranienne. Or le droit commun est que les contrats se forment par le seul consentement, et ce consentement peut être établi sous n'importe quelle forme.

Mais cette liberté de conclure le contrat de cautionnement est à critiquer. Le cautionnement, surtout dans le droit iranien, à cause de son caractère de bienfaisance et de transmission, est un contrat dangereux.

La caution s'oblige à payer à la place du débiteur et son recours peut devenir infructueux par suite de l'insolvabilité de celui-ci. Il aurait mieux valu que les rédacteurs du code civil iranien ne passent pas le problème sous silence et formulent l'exigence d'un écrit constatant le contrat de cautionnement. C'est ce qu'a fait le législateur de certains pays étrangers. Le Code fédéral des obligations de Suisse, dans son article 491, a prescrit la nécessité de l'écriture : « Le contrat de cautionnement, pour être valable, doit être fait en la forme écrite ».

C'est pour souligner la nécessité de la manifestation du consentement exprès que l'article 2015 du code civil français décide : « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté ».

93. — A cause de la gravité de la situation de la caution, malgré le silence du code civil iranien, nous croyons que le consentement tacitement manifesté n'est pas efficace ; il doit être exprès ; d'où il suit que l'apposition d'une simple signature ne signifie pas cautionnement.

Dans le contrat de cautionnement, il y a deux consentements : le consentement de la caution et le

consentement du créancier. Est-ce que ces deux consentements doivent être exprès ou l'un d'eux seulement doit-il l'être ? et dans ce dernier cas, lequel ? La solution du problème, d'après nous, diffère selon que le contrat de cautionnement sera basé sur le principe d'adjonction ou sur le principe de transmission.

Dans le cautionnement fondé sur le principe d'adjonction, le consentement du créancier peut n'être que tacite. La raison en est bien simple : dans ce genre d'engagement, la situation du créancier n'a pas empiré, le cautionnement ajoute une sûreté à la dette principale ; et si l'adjonction de la caution n'améliorera pas la situation du créancier, il est bien entendu qu'elle ne l'empirera pas.

Dans le cautionnement fondé sur le principe de transmission, si la situation de la caution devient dangereuse, réciproquement, la perspective de la même situation pour le créancier n'est pas irréalisable. En effet, le créancier peut se voir victime d'une caution insolvable ; et par suite de changement de débiteur, il n'aura pas de recours contre le débiteur principal qui peut inspirer plus de crédit. Il s'en suit que son consentement a la même valeur que celui de la caution.

Le consentement étant exigé dans le cautionnement, l'engagement de la caution doit être exempt des vices du consentement.

b) *La capacité de s'obliger.*

94. — La seconde condition de validité du cautionnement, c'est la capacité pleine et entière de s'obliger, puisque la caution en s'obligeant affecte tous ses biens.

95. — Est-ce que la capacité générale de contracter suffit à la caution ?

Dans le droit français, certains auteurs (2) exigent la capacité de disposer à titre gratuit, d'autres la capacité nécessaire pour faire un contrat de bienfaisance. G. Baudry-Lacantinerie (3) a combattu ces deux opinions. « La caution ne fait pas plus une libéralité que le prêteur sans intérêt : l'une et l'autre font une avance remboursable ; la caution ne s'engage même qu'éventuellement à faire cette avance, tandis que le prêteur la fait immédiatement, et cependant personne ne songe à exiger du prêteur la capacité du donateur. »

Pour trancher ce problème en droit iranien, nous donnons d'abord notre opinion, et après nous discuterons la solution des rédacteurs du code civil iranien.

Nous croyons, pour notre part, qu'il faut appliquer des règles différentes selon que le cautionnement est gratuit ou à prix d'argent.

Si le cautionnement est gratuit, il est préférable qu'on exige chez la caution la capacité nécessaire pour faire un tel contrat de bienfaisance. En effet, la caution fait un contrat de bienfaisance et à cause de la transmission de l'obligation du débiteur principal, son service gratuit est fort onéreux, au cas de déchéance de son droit de recours.

Si le cautionnement est à prix d'argent, elle fait alors un contrat ordinaire, et on doit appliquer les règles de la capacité ordinaire concernant les actes juridiques onéreux.

L'examen de la capacité ordinaire est en de-

(2) Laurent, XXVIII, n° 160.

(3) Traité de droit civil, XLV, page 798.

hors du cadre de notre étude. Pour en déduire les règles, on doit se référer aux règles générales sur la capacité dans les contrats. Nous notons seulement que d'après le droit civil et le droit commercial, les incapables sont au nombre de quatre : les mineurs, les fous, les prodigues et les personnes frappées d'interdiction par un jugement déclaratif de faillite.

Le code civil iranien ne contient rien concernant le cautionnement gratuit et il semble qu'on doive appliquer les règles de la capacité ordinaire de contracter.

Nous croyons que c'est par inadvertance que les rédacteurs du code civil iranien n'ont pas exigé une capacité spéciale. En effet, d'après l'article 1241, pour le nantissement des immeubles du mineur par le tuteur, les rédacteurs du code civil iranien ont exigé certaines conditions pour sa validité telle que l'approbation du procureur. Or il est manifeste que les conditions du cautionnement sont plus onéreuses que celles du nantissement : la caution qui s'engage oblige tous ses biens présents et à venir, tandis qu'en cas de nantissement on n'oblige qu'un bien déterminé. Ainsi nous regrettons qu'ils aient omis d'assujettir le cautionnement à la même prescription de l'article 1241 : « Le tuteur ne peut pas vendre ou donner en nantissement les immeubles du mineur ; il ne peut pas contracter avec le mineur un contrat à la suite duquel il devienne débiteur vis-à-vis du mineur, sauf quand l'avantage du mineur est pris en considération et avec l'approbation du procureur. L'approbation doit être subordonnée à la solvabilité du tuteur. Le tuteur ne peut emprunter sans nécessité pour le mineur sauf avec l'approbation du procureur ».

96. — Un certain nombre de législations étrangères également n'ont pas étendu la capacité de la caution ; elles n'exigent que la capacité de s'obliger. L'article 490 du code fédéral des obligations Suisse est ainsi conçu : « Toute personne capable selon le présent code de s'obliger par contrat peut se rendre caution ». Le code civil portugais de même n'exige que la capacité ordinaire de contracter.

c) *La préexistence d'une obligation principale.*

97. — La troisième condition de la validité du contrat de cautionnement découle du caractère accessoire de celui-ci : c'est la préexistence d'une obligation principale, dont le cautionnement assure l'exécution. Le contrat de cautionnement a pour cause la volonté de parties de garantir l'exécution de l'obligation principale. C'est ce principe qui a inspiré l'article 691 du code civil iranien.

98. — M. Abdoh dans sa thèse sur « *L'élément psychologique dans les contrats* », dans la section de nullité du cautionnement sous condition suspensive (4), a conclu ainsi : « de toutes ces explications, il résulte qu'il faut supprimer les articles 700, 699 et 691, qui ne sont que des vestiges du formalisme et de l'ancienne conception contractuelle ». Nous discuterons bientôt les articles 700 et 699

Quant à l'article 691 qui est ainsi conçu : « Le cautionnement d'une dette dont la cause n'existe pas encore est nul », nous ne sommes pas d'accord avec

(4) Page 217.

l'opinion de M. Abdoh. Le but du contrat de cautionnement est de garantir un créancier ; il fait présumer nécessairement une obligation préexistante, à laquelle il se soit soudé par un lien et ce lien est le caractère accessoire du cautionnement et le caractère principal de la créance garantie, dont découlent tant de conséquences juridiques. Nous ne nous contentons pas de cette règle, et nous allons plus loin en ajoutant qu'outre l'existence préalable, l'obligation principale doit être exempte de nullité, de sorte que si cette obligation est annulée, le cautionnement doit nécessairement suivre son sort et être également annulé.

Le tribun Lahary, dans son *Exposé des motifs au Corps législatif*, a jeté une lumière suffisante sur la préexistence nécessaire de l'obligation principale : « S'il n'existe pas d'obligation, il est de toute évidence qu'il ne peut exister de cautionnement, puisqu'il est impossible de concevoir, seul et isolé, un acte qui suppose nécessairement une première obligation à laquelle il doit servir de garantie ».

d) *L'engagement personnel de la caution.*

99. — *L'engagement personnel pris par la caution de payer la dette est la quatrième condition que réclame la validité du cautionnement. C'est cette condition qui différencie le cautionnement du nantissement fait par une personne autre que le débiteur. Tandis que l'engagement de la caution a sa répercussion sur tous ses biens, le tiers qui donne un nantissement pour la dette d'autrui ne destine au paiement de celle-ci que l'objet donné en nantissement.*

- e) *L'obligation de la caution ne doit pas être limitée au cas de non-paiement de la part du débiteur principal.*

100. — La dernière condition de la validité du cautionnement d'après l'article 699 est que la caution n'ait pas limité son engagement au cas de non-paiement de la part du débiteur principal ; autrement le contrat de cautionnement est nul d'une nullité absolue. C'est le résultat de l'obligation-transmission qui est la pièce maîtresse du contrat de cautionnement iranien. Cette exigence nous amène à discuter à fond l'hypothèse du cautionnement sous condition suspensive.

L'article 699 dispose : « La condition suspensive insérée dans le cautionnement, telle que si le débiteur ne paie pas, je me rends caution, est nulle ; mais l'engagement de payer peut être soumis à condition suspensive ».

L'article 700, dans l'enchaînement de l'idée de condition suspensive, décide : « La condition suspensive qui subordonne le cautionnement aux conditions de sa validité tel que : si le débiteur est redevable, je me rends caution, n'est pas une cause de nullité ».

L'article 723 dans le même esprit énonce : « Dans un contrat nécessaire on peut s'engager à payer la dette d'autrui, dans ce cas la condition suspensive insérée dans l'engagement ne l'annule pas, tel est le cas où quelqu'un subordonne son paiement au défaut de paiement de la part du débiteur ». Conformément à l'article 185, le contrat est nécessaire quand les contractants n'ont la faculté de le résilier que dans des cas déterminés.

Quel mobile a poussé les rédacteurs du code civil iranien à rédiger ces trois articles qui au premier abord et avant un examen attentif sont considérés comme logomachiques et contradictoires ? Au chapitre premier nous avons vu que les précurseurs des rédacteurs du code civil iranien en matière des règles du contrat de cautionnement sont les juristes Shyites.

D'une part, par une sympathie intime, les rédacteurs du code civil iranien ne voulaient pas altérer la pureté et l'intégrité du système de transmission-obligation ; ils ont donc repris les idées de leurs précurseurs et ont opté pour les solutions juridiques de ces derniers.

D'autre part, ils observaient que ce système est devenu suranné et n'est pas en harmonie avec l'évolution sociale ; ils sentaient qu'une force les obligeait à apporter des modifications dans le système transmission-obligation. Ainsi par des tâtonnements très timides, ils ont voulu réparer les inconvénients du système choisi. Ils ont eu recours de ce fait à d'autres institutions juridiques qui effleurent le système adjonction-obligation et ils les ont intercalées au milieu des articles du cautionnement pour indiquer au public que si le système transmission-obligation lui paraissait dangereux, il avait le moyen de recourir à d'autres expédients. En d'autres termes, ils ont voulu donner le moyen au débiteur, qui souvent ne rencontre personne ayant assez de générosité pour devenir l'obligé principal, de trouver quelqu'un pour le garantir au cas où le créancier ne réussit pas à se faire payer par lui.

101. — A propos des deux hypothèses de l'article 699, M. Abdoh, dans une recherche historique sur l'origine du cautionnement sous condition sus-

pensive, déclare (5) : « Ces deux hypothèses diffèrent en réalité par un simple changement de formule. La caution qui ne pouvait valablement dire « Je m'engage à être caution si le débiteur ne paie pas » pourra dire « Je m'engage à payer si le débiteur ne paie pas ». Une telle solution législative ne saurait se justifier, car le législateur a validé d'une part et annulé de l'autre la même situation juridique. »

Est-ce que la deuxième hypothèse de l'article 699 peut être englobée par le contenu du concept de cautionnement et différer seulement par un simple changement de formule ? Est-ce que, comme M. Abdoh l'a indiqué, nous sommes devant la même situation juridique ?

Nous ne le croyons pas (voir le numéro 62). L'essence juridique de la première hypothèse est qualifiée par la transmission- obligation. Dans une logique rigoureuse de même qu'un débiteur ne peut pas prétendre « Je suis engagé si un tiers ne paie pas », de même la caution qui a accepté la transmission de l'obligation n'a pas la faculté de dire « Je m'engage si le débiteur ne paie pas ». Après la transmission de l'obligation, le débiteur est considéré comme un tiers et la caution est devenue le débiteur principal ; par suite la subordination de l'engagement au défaut de paiement de la part du débiteur qui est un tiers est absurde. Nous arrivons à cette conclusion que si on veut conserver la réalité juridique du cautionnement, on ne saurait la juxtaposer avec la condition suspensive susvisée. Le processus de l'élaboration de transmis-

(5) L'élément psychologique dans les contrats suivant la conception iranienne, page 210.

sion-obligation exige un engagement indépendant du débiteur principal dont le lien d'engagement obligatoire par suite de sa décharge est rompu avec le créancier.

Par contre, dans la deuxième hypothèse, nous ne sommes pas devant la même conception. Nous sommes devant l'exécution de la prestation promise. Le tiers sans vouloir accepter la transmission de l'obligation du débiteur s'apprête à payer la dette de celui-ci. Or, il y a une grande différence entre ces deux constructions juridiques, c'est-à-dire entre l'acceptation de la transmission de l'obligation et l'acceptation seule du paiement. Dans le premier cas, le paiement est l'effet de la transmission, l'acquiescement du débiteur est acquis par la seule transmission sans qu'on soit obligé de faire intervenir le paiement. La décharge du débiteur sera le résultat immédiat de la transmission et non pas du paiement. La transmission est la première étape de cet instrument intellectuel qu'est le cautionnement, à la suite de laquelle le débiteur est déchargé ; le paiement est la deuxième étape, après la réalisation de cette étape la caution elle-même est déchargée. Ainsi la transmission et l'acquiescement sont dans le rapport de cause à effet.

Dans le deuxième cas, le paiement est la cause de l'acquiescement et tant que ce paiement ne s'est pas réalisé, ni le débiteur ni le tiers ne sont déchargés. Ici le paiement et l'acquiescement sont dans le rapport de cause à effet, c'est-à-dire de moyen à but. Ainsi nous nous acheminons vers cette conclusion que les deux hypothèses prévues par l'article 699, sont qualifiées sous deux concepts différents : le cautionnement avec la transmission de l'obligation, et l'exécution de la prestation promise avec l'adjonction de l'obligation.

102. — La discussion ci-dessus concernant l'identité ou la non-identité de la nature juridique entre les deux hypothèses de l'article 699 est-elle pure discussion de mots et sans utilité tangible ?

Nos explications ci-dessus ont montré suffisamment qu'à cause de la différence de nature juridique, nous sommes obligé d'introduire ces hypothèses dans deux rubriques juridiques différentes : le cautionnement et l'exécution de la prestation promise. Or les conditions de formation de l'engagement basé sur chacun de ces titres ne sont pas identiques. En effet, la première hypothèse exige d'après l'article 685 la nécessité du consentement du créancier, tandis que la seconde ne l'exige pas pour les raisons que nous avons données au numéro 71.

Nous croyons que c'est l'observation des mêmes principes qui a poussé la Cour de cassation iranienne à différencier strictement l'engagement de payer et le cautionnement. (La jurisprudence de la Cour de cassation, numéro 495, page 151, recueilli par M. Borudjerdi.) (6).

103. — Maintenant examinons les deux premiers articles susvisés au point de vue de leur rédaction pour voir s'il y a une concordance entre leur contenu et l'intention du législateur ? Malheureusement, les articles 699 et 700 laissent à désirer car leur contenu manque de cohérence.

104. — L'article 699 est ainsi libellé : « La condition suspensive insérée dans le cautionnement, tel que si le débiteur ne paie, je me rends caution,

(6) Uṣṣul Ghaza'i.

est nulle ». Conformément au critérium de cet article, il semble que c'est seulement la suspension c'est-à-dire la condition insérée dans le cautionnement qui est nulle et non pas le contrat de cautionnement lui-même. Or cette idée ne répond pas à l'intention des rédacteurs du code civil iranien, car en élaborant cet article, ils voulaient prohiber le cautionnement conditionnel dans toute son ampleur et non pas seulement la condition. Heureusement ce qui répare ce désaccord entre le texte et l'intention, c'est l'article 233 conformément auquel la condition insérée dans un contrat et incompatible avec sa nature juridique est nulle et rend nul le contrat lui-même. Donc il faut interpréter l'article 699, dans le sens de l'article 233, et décider que la suspension du cautionnement au cas du défaut de paiement de la part du débiteur est contraire à la nature juridique du cautionnement qui est la transmission de l'obligation et par conséquent est nulle et rend nul le contrat lui-même.

105. — La rédaction de l'art. 700 du code civil iranien, n'est pas plus heureuse. Cet article doit renfermer cette conception que le cautionnement suspensif subordonné aux conditions de validité du contrat principal, n'est pas nul. Or, le contenu textuel de cet article implique une autre signification : à savoir que le cautionnement suspensif subordonné aux conditions de validité du contrat de cautionnement lui-même n'est pas nul. Deux raisons nous poussent à éliminer cette dernière interprétation et à lui substituer le système d'interprétation précité.

En premier lieu, l'exemple que le législateur a donné pour illustrer la signification de l'art. 700 est en faveur de notre interprétation. En effet, dans

la phrase : « Si le débiteur est redevable, je me rends caution », la condition consiste en « si le débiteur est redevable » ; or cette proposition concerne le contrat primitif auquel le contrat de cautionnement sert de garantie.

En second lieu, si nous attribuons les conditions de validité insérées dans l'art. 700, au contrat de cautionnement lui-même, cette interprétation n'aura pas une grande valeur puisque même sans cette réserve, la caution a toujours la faculté d'opposer l'exception de l'invalidité du contrat de cautionnement.

106. — M. Adle, éminent juriste iranien, dans son livre de droit civil (7) a interprété l'article 697, comme une application de l'article 700, ce qui ne s'accorde pas avec le concept juridique impliqué dans cet article. L'article 697 est ainsi conçu : « Est permis le cautionnement fourni pour la garantie que l'acquéreur doit au vendeur, dans le cas où il apparaît que la chose vendue ou le prix de la vente appartiennent à un autre que le vendeur ». Conformément à cet article, le cautionnement conditionnel est subordonné au cas où la chose vendue ou le prix appartiennent à autrui. Or c'est une condition opposée à celle mentionnée dans l'article 700. Dans l'article 700, le contrat de cautionnement se réalise lorsque les conditions de validité du contrat primitif sont observées, dans l'article 697, le contrat de cautionnement se réalise dans le cas où les conditions de l'invalidité du contrat primitif sont prouvées comme au cas où il apparaît que la chose vendue, l'objet du contrat primitif, appartient à au-

(7) Droit civil, page 406.

trui. Ainsi nous arrivons à cette conclusion que le cautionnement dans l'article 697 est subordonné aux conditions de l'invalidité du contrat primitif et non pas de sa validité.

107. — M. Adle, dans son livre (8) a souligné la décision jurisprudentielle sur le cautionnement sous condition suspensive. D'après lui, la jurisprudence a atténué considérablement la portée de l'article 699. Elle a décidé que si la déclaration de volonté conditionnelle regarde « *encha* », c'est-à-dire la création du contrat, elle le rend nul ; mais si les termes concernant la création du contrat sont purs et simples et si la condition suspensive vient après les termes qui ont fixé la formation du contrat, le contrat de cautionnement est valable et la condition est considérée comme non-avenue. Ainsi, conformément à cette décision jurisprudentielle, le contrat de cautionnement est nul dans les termes suivants : « Si le débiteur ne paie pas, je cautionne sa dette » ; par contre, le contrat de cautionnement est valable et la condition comme non-avenue dans la forme suivante : « Je cautionne la dette du débiteur s'il ne la paie pas ».

108. — Cette décision nous paraît contraire à la loi et à l'équité.

En premier lieu, elle est contraire à la loi. En effet, la caution s'est préparée à garantir la dette du débiteur sous réserve de non-paiement de sa part. C'est une volonté déclarative qui est indivisible. Il y a une telle connexité entre la condition et l'obligation conditionnée qu'on ne peut les détacher

(8) Droit civil, page 407.

sans porter atteinte à la volonté de la caution. D'autre part, conformément à l'art. 233, la condition qui est incompatible avec la nature d'un contrat est nulle et rend nul le contrat. Or, la condition suspensive de non-paiement de la part du débiteur est contraire à la nature juridique de cautionnement, puisque le législateur prête un rôle de transmission à ce contrat.

En second lieu, comme nous avons déclaré à plusieurs reprises, le cautionnement du droit iranien est un contrat dangereux pour la caution qui croit souvent que son intervention sert d'adjonction et après coup se voit précipitée dans le gouffre du principe de transmission-obligation. Par suite de ce danger du cautionnement la jurisprudence devrait plutôt s'efforcer de restreindre autant que possible son champ d'application. Malheureusement, elle a par son excès de logique et son travail d'abstraction conduit à une application extensive de cet instrument intellectuel qu'est le principe de transmission-obligation.

SECTION II. — *Les obligations qui sont susceptibles d'être cautionnées*

A. — *Le cautionnement des dettes nées d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un quasi-délit et d'un délit.*

109. — Conformément à la portée très large de l'art. 696 qui est ainsi conçu : « Toute dette peut être cautionnée même si elle contient une condition résolutoire », il n'est pas douteux qu'on peut cautionner les dettes nées d'un contrat, d'un quasi-contrat (le paiement de l'indu, la gestion d'affaires, l'enrichissement sans cause) et d'un quasi-délit.

Peut-on déduire de cet article cette autre conséquence que les délits peuvent être l'objet d'un cautionnement. Nous croyons qu'il faut faire une distinction. Si le délit n'est pas encore commis, on ne doit pas pouvoir le cautionner en raison de l'immortalité de la cause; faute de quoi on exhorterait les individus à la perpétration d'actes immoraux.

Par contre, si le cautionnement a lieu après la consommation du délit, nous ne voyons aucun empêchement à sa validité.

110. — Quant aux dettes futures, nous avons discuté précédemment la validité de leur cautionnement (voir numéro 60). Ici nous examinons le problème de la révocation d'un tel cautionnement tant que l'obligation principale ne s'est pas réalisée.

Le contrat de cautionnement d'une obligation future est irrévocable du jour de sa passation ; seulement il ne produira effet que si le créancier futur exécute sa promesse. Le cas est absolument identique à celui du débiteur conditionnel qui ne peut *pendente conditione* procéder à la révocation. C'est un principe fondamental du droit iranien que quand un lien de droit est né, il ne peut être rompu sans le consentement des parties contractantes.

L'exemple typique qui illustre bien l'obligation future, est celui du banquier qui s'est engagé à ouvrir un compte courant, sous le cautionnement d'un tiers.

B. — *Le cautionnement de l'obligation naturelle.*

111. — En procédant à l'examen de la possibilité du cautionnement des diverses sortes d'obli-

gations, il nous reste à étudier l'obligation naturelle.

Malgré le laconisme de l'art. 266 du code civil iranien : « A l'égard des obligations dont le créancier ne peut pas poursuivre l'exécution, si le débiteur les a payé volontairement, la répétition n'est pas admise » il est évident que la notion d'obligation naturelle peut être déduite de cet article. D'autre part, les articles du code civil iranien sur la novation ne contiennent rien qui compromette la possibilité de nover une telle obligation.

En admettant l'existence juridique de l'obligation naturelle dans le droit iranien et l'absence d'empêchement à sa novation, on est obligé de faire rentrer le cautionnement d'une telle obligation dans la conception large de l'article 696 du code civil iranien. En effet, ce qui différencie l'obligation naturelle des autres obligations, c'est le défaut d'action chez le créancier. Hors cette différence, l'obligation naturelle n'a rien d'illicite ; c'est, une obligation civile avortée ou une obligation civile dégénérée.

Mais il faut signaler que la caution qui a payé une dette naturelle n'a point de recours contre le débiteur principal (9).

Il est intéressant de noter que dans l'hypothèse ci-dessus, le cautionnement du droit iranien et le cautionnement du droit français malgré l'antinomie de leur base juridique (transmission, adjonction) se rapprochent. Car l'absence du droit du recours pour la caution en droit français, rend son engagement plus propre à être qualifié d'obligation principale que de cautionnement.

(9) Traité pratique de droit civil français par Planiol-Ripert, T. XI, page 877.

112. — Une autre raison probante que nous pouvons invoquer en faveur de la possibilité du cautionnement de l'obligation naturelle, c'est l'article 687 du code civil iranien qui déclare : « Le cautionnement de l'obligation de l'interdit ou du défunt est valable ». Or, une des causes qui donnent naissance à l'obligation naturelle c'est l'engagement contracté par un incapable, un interdit. Ainsi de ce que le code civil iranien a validé le cautionnement d'une obligation nulle à raison de l'incapacité de l'obligé, on peut déduire qu'il a voulu admettre la validité du cautionnement de toute obligation naturelle.

Si nous sommes partisan de la possibilité du cautionnement de l'obligation naturelle, nous nions toutefois le cautionnement de l'obligation de conscience. Car cette dernière entre dans le domaine de la morale et au point de vue juridique n'a pas d'existence ; tandis que la première, en créant un créancier et un débiteur, fait naître un lien de droit, simplement ce lien est dépourvu de la force exécutoire.

C. — *Le cautionnement des obligations entachées d'exceptions purement personnelles au débiteur ou inhérentes à la dette.*

113. — De l'article 687, nous déduisons ce principe important que la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. La loi en validant le cautionnement de l'obligation contractée par un incapable, a enlevé à la caution le droit d'en invoquer plus tard la nullité. Il est évident que ce principe est en contradiction avec le caractère accessoire du cautionnement.

Mais nous avons déjà déclaré que ce caractère doit être admis avec réserve. D'autre part, un des buts de l'intervention du cautionnement c'est de parer dans une certaine mesure aux imperfections et à l'inefficacité du premier contrat. Or ici le cautionnement de l'interdit remédie à l'absence de la force coercitive, en ce sens que dorénavant l'action en nullité ne sera plus admise.

Dans le droit français aussi, conformément à l'article 2012 du code civil français, la caution ne peut opposer à la poursuite du créancier, l'incapacité, alors même que l'incapable aurait fait annuler son ancienne obligation. « Art. 2012 ; Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.

« On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé, par exemple, dans le cas de minorité ».

114. — Eu égard au laconisme du code civil iranien, que faut-il décider quant aux exceptions inhérentes à la dette ?

Avant d'aborder le problème, signalons que les obligations entachées d'exceptions inhérentes à la dette sont de deux sortes : d'abord les obligations que la loi prohibe dans un intérêt social, et qui n'engendrent pas d'obligation naturelle comme l'obligation qui naît du jeu ou du pari. Ces obligations à cause de leur immoralité intrinsèque présentent des dangers sociaux. En second lieu, viennent les obligations prises en violation d'une disposition directe de la loi comme le nantissement

des immeubles du mineur sans l'accomplissement de la formalité de l'article 1241 du code civil iranien ainsi conçu : « Le tuteur ne peut pas vendre ou donner en nantissement les immeubles du mineur ; il ne peut pas contracter avec le mineur un contrat tel qu'à sa suite il devienne débiteur vis-à-vis du mineur, sauf quand l'avantage du mineur est pris en considération et avec l'approbation du procureur. L'approbation doit être subordonnée à la solvabilité du tuteur. Le tuteur ne peut emprunter sans nécessité pour le mineur sauf avec l'approbation du procureur ».

Bien que les articles du code civil iranien sur le contrat de cautionnement n'aient pas prévu ce problème, nous croyons que de telles obligations sont nulles à raison du vice inhérent à la dette. Le texte qui corrobore notre opinion et dont nous pouvons implicitement tirer cette conclusion, est l'art. 218 du code civil iranien ainsi conçu : « Les contrats légalement formés sont obligatoires pour les parties contractantes et leurs ayants cause, à moins qu'ils ne soient révoqués par leur consentement mutuel ou pour une cause légale ». En effet, d'après cet article qui est placé dans une section du code qui traite des règles et principes généraux, l'exécution des contrats dépend de leur conformité aux lois. D'autre part, d'après l'art. 190 du code civil iranien, une des conditions de validité du contrat c'est son motif licite. Or, dans les obligations susvisées on se heurte à des engagements en opposition avec ces textes ; et par suite nous concluons que le cautionnement des obligations entachées d'un vice réel est nul.

D. — *Le cautionnement de l'obligation entachée d'un vice de consentement.*

115. — Pour en terminer avec la question des vices de l'obligation principale, il nous faut examiner l'effet d'un cautionnement qui est donné pour une obligation entachée d'un vice de consentement. Les faits qui peuvent vicier le consentement de la caution sont, d'après l'article 199 du code civil iranien : l'erreur et la violence.

Quant au dol et à la lésion, les rédacteurs du code civil iranien ne les ont pas mentionnés dans l'article 199 qui est censé avoir une portée générale. Mais dans le chapitre concernant le contrat de vente, ils ont reconnu un droit de résiliation à la partie lésée ou trompée.

Pour examiner les effets des vices du consentement de l'obligation cautionnée sur le contrat de cautionnement, nous sommes obligé préalablement d'étudier ces vices et leurs effets juridiques.

a) *L'Erreur*

116. — Touchant l'erreur, le code civil iranien contient les 3 articles suivants :

Art. 199 : « Le consentement donné à la suite d'une erreur, sous l'empire d'un acte de violence, ne donne pas naissance à un contrat définitivement efficace » (10).

Art. 200 : « L'erreur est une cause d'inefficacité du contrat lorsqu'elle s'applique à l'objet même du contrat » (10).

(10) Traduction Abdoh.

Art. 201 : « L'erreur sur la personne du contractant n'entache pas la validité du contrat, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale du contrat » (10).

M. Adle, dans son livre de droit civil (11), et M. Amir-Soleimani, dans sa thèse sur la formation des contrats (12) interprètent le mot inefficacité, employé dans les articles 199 et 200, dans le sens de la nullité absolue ; et ils considèrent comme étant de nullité relative l'exception insérée dans l'article 201.

Par contre, M. Nassiri dans sa thèse sur la donation (13) dénie l'existence d'erreur-annulabilité en droit iranien.

Quant à nous, nous dénions l'existence d'erreur sujette à la nullité absolue dans le droit iranien, et voici les raisons qui nous ont poussé à la dissidence.

1° Arguments de texte.

117. — Dans le texte de l'art. 199 du code civil iranien, le législateur a décidé expressément que le consentement donné à la suite d'erreur rend le contrat inefficace. Or, si nous examinons le code civil iranien, nous voyons que le mot inefficacité est une expression courante du législateur iranien pour indiquer la nullité relative. Chaque fois que le législateur l'a employé, il en a fixé le concept, directement ou indirectement, dans la nullité relative. C'est un mot à contenu invariable et son contenu

(10) Trad. Abdoh.

(11) Page 114.

(12) Page 147.

(13) Page 46.

est la nullité relative. Le texte qui illustre la signification de ce mot est l'art. 209 du code civil iranien qui est ainsi conçu : « La confirmation d'un contrat, faite depuis la cessation de la violence, rend ce contrat efficace » (14). Il va sans dire que la possibilité de cette sorte de validation démontre manifestement que le contrat vicié n'est frappé que de nullité relative. Or, l'article 199 du code civil iranien emploie la même expression, c'est-à-dire le mot « inefficacité » pour indiquer l'effet juridique du consentement donné à la suite d'erreur ou extorqué par violence. Ainsi si l'on interprète le mot « inefficacité » dans le sens de nullité absolue, on va à l'encontre de l'article 209 du code civil iranien qui énonce formellement la possibilité de la confirmation d'un contrat après la cessation de la violence. Et si l'on interprète le mot « inefficacité » dans le sens de nullité relative à propos du consentement extorqué par violence, et dans le sens de nullité absolue à propos du consentement donné à la suite d'erreur, nous croyons que cette dualité d'interprétation est exclue par une bonne méthode rationnelle.

M. Adle en alléguant l'art. 183 déclare que la formation du contrat dépend de l'acceptation des parties contractantes, et en cas d'erreur puisque l'acceptation d'une partie manque, le contrat est inexistant (15). « Art. 183 : le contrat consiste dans le fait qu'une ou plusieurs personnes s'obligent à quelque chose, à l'égard d'une ou plusieurs qui l'acceptent » (14).

A cette observation, nous répondons que le législateur n'a pas voulu par cet article déclarer que

(14) Traduction Abdoh.

(15) Droit civil, page 114.

la formation d'un contrat dépend de la permanence du consentement de la partie. Il entend par cet article, qu'au seuil de la vie juridique du contrat, le consentement des parties est une condition essentielle de sa formation. Or l'acceptation susvisée s'est réalisée au cas de l'article 199 ; et après sa manifestation, on s'aperçoit que le contrat est entaché de vice. L'art. 199 corrobore notre opinion puisqu'il a déclaré explicitement : *le consentement donné à la suite d'une erreur...*

118. — Par l'article 200 du code civil iranien le législateur a voulu distinguer les cas où l'erreur emporte l'annulabilité du contrat et ceux où l'erreur n'influe pas sur sa validité telles que l'erreur sur le prix de l'objet du contrat, l'erreur sur les motifs déterminant du contrat, etc... D'après cet article, l'erreur emporte l'annulabilité quand elle concerne l'objet même du contrat. Par l'expression *l'objet même du contrat*, le législateur entend vraisemblablement les qualités que l'acquéreur a recherchées dans la chose qui est l'objet du contrat, par exemple, le caractère d'antiquité d'une chose.

On peut objecter que l'erreur peut porter non pas sur les qualités, mais sur l'objet ou sur la nature du contrat. Or, tout le monde est d'accord pour dire que ces deux sortes d'erreur entraînent la nullité absolue et non pas l'annulabilité.

A cette objection, nous répondons ce n'est pas l'erreur qui entache la validité d'un tel contrat ; c'est la non-concordance entre deux volontés, qui, en ne tombant pas d'accord sur l'objet ou sur la nature du contrat, mettent obstacle à sa formation. Or, ce sont des cas en dehors de notre hypothèse, c'est-à-dire de la dénomination d'erreur. En effet, l'erreur dont il s'agit dans le code civil iranien c'est l'erreur

qui a entraîné le consentement momentané de la partie qui l'a commise ; tandis que dans les deux cas susvisés, en raison de l'absence d'accord des volontés, le consentement ne s'est jamais réalisé. L'article 200, quand il tranche le problème de l'erreur, se rattache à l'article 199 qui a fait du consentement et de l'erreur deux faits psychologiques concomitants. La non-coexistence de ces deux faits est en dehors du domaine des articles 199, 200, 201 et est visée par d'autres articles dont l'explication n'est pas dans le cadre du sujet de notre thèse.

La simple lecture de cet article confirme l'opinion que nous défendons.

M. Capitant, une des personnalités illustres du droit civil français a discuté la même question à propos de l'erreur dans le code civil français et nous croyons utile de rapporter son point de vue textuellement (16). « Il y a des cas où l'erreur commise par les contractants est telle, qu'elle met obstacle à l'accord de leurs volontés. Il en est ainsi lorsqu'elle porte soit sur la nature du contrat, soit sur son objet.

« Sur la nature contrat : ainsi le vendeur a bien l'intention de vendre sa chose, mais l'acheteur croit que la stipulation du prix n'est qu'apparente et que l'aliénateur veut lui faire une donation déguisée. De même, le déposant croit que celui à qui il confie sa chose la reçoit comme dépositaire, c'est-à-dire gratuitement, et ce dernier entend réclamer un salaire comme locateur de services. Sur l'objet du contrat : chacun des contractants a en vue une chose différente.

(16) Précis de droit civil, T. II, page 23.

« Le code civil ne parle pas de ce genre d'erreurs, et il a bien raison, d'abord parce qu'on ne le rencontre jamais en pratique, et ensuite parce que, dans les cas susvisés, il n'y a pas à proprement parler erreur. Chaque contractant sait bien ce qu'il veut, mais les deux volontés ne s'accordent pas sur la nature du contrat ou sur son objet ; c'est pour cela que le lien contractuel ne peut pas se former ». Ainsi nous arrivons à cette conclusion que si l'on veut coordonner les articles 199 et 200 du code civil iranien qui nécessitent la concomitance de l'erreur et du consentement, on est obligé d'interpréter les mots : « l'objet même du contrat » dans le sens *des qualités que l'acquéreur a recherchées dans la chose qui est l'objet du contrat*.

119. — Le dernier article (201) prévoit l'erreur sur la personne. Dans ce cas le contrat n'est annulable que lorsque la considération de la personne est la cause principale de la convention ; par contre, quand elle n'en est pas la cause principale, l'erreur sur la personne est indifférente.

2° Arguments Rationnels

120. — Le code civil iranien dans l'art. 234 a prévu trois sortes de conditions ; 1° condition de qualité ; 2° condition de faire ou de ne pas faire ; 3° condition de réalisation.

Les deux premières ne concordent pas avec la condition-modalité du droit français. En effet, dans le droit civil français, la condition consiste « dans le fait de subordonner la formation ou la disparition d'un rapport de droit à la réalisation d'un événement futur et incertain ». Or, les conditions

de qualité ou de faire ne rentrent pas dans cette définition. Ce sont des clauses particulières que les parties insèrent dans le contrats ; la première concerne la qualité ou la quantité de l'objet du contrat et la deuxième concerne l'action de faire ou de ne pas faire de la part d'une des parties ou d'un tiers.

Comparons ces deux articles avec les articles 200 et 201 concernant l'erreur. Dans ces derniers, le contractant qui invoque la nullité a en vue la qualité de la chose ou la considération d'une personne déterminée. Dans les articles sur les conditions, par contre, la qualité et la considération de la personne font l'objet d'une stipulation expresse.

Maintenant, en supposant que la condition qui précise l'objet de la stipulation fasse défaut, jugeons laquelle de ces deux catégories d'articles mérite plus d'être frappée par la nullité absolue. Il va sans dire que les articles sur les conditions sont davantage susceptibles de la nullité car le défaut de la qualité stipulée va à l'encontre de deux volontés. Tandis que dans les articles concernant l'erreur, c'est le consentement d'une personne qui est vicié ; l'autre partie peut ignorer la qualité que la partie induite en erreur avait en vue. Ici il y a deux manifestations de volontés dont l'une est viciée et l'autre valide. Ainsi le législateur doit sauvegarder deux intérêts : l'intérêt de la partie induite en erreur et l'intérêt de l'autre partie qui souvent est de bonne foi. A la suite de l'influence compensatoire de ces deux intérêts contradictoires, on peut poser cette question : pour quelle raison, le législateur donne-t-il la préférence à la manifestation de la partie qui a commis l'erreur ?

Maintenant voyons la sanction de l'absence de conditions dans le cas des articles sur les conditions. Dans l'art. 235 du code civil iranien le légis-

lateur a décidé explicitement que celui qui profite de la condition a la faculté de résiliation, (art. 235. « Si la condition indiquée dans le contrat est une condition de qualité, et s'il est établi que l'objet du contrat ne répond pas à cette condition, la partie au profit de laquelle la condition est indiquée, a le droit d'option » (17).

La même solution est donnée par l'article 239 à propos de condition de faire « Art. 239 : S'il est impossible de contraindre le débiteur à exécuter son obligation, ou de la faire exécuter par un tiers, le créancier aura la faculté de résilier le contrat » (17). Or, quand le législateur, au cas de défaut de condition stipulée, a sanctionné le contrat par la *résiliation* qui est moins radicale que l'action en nullité (puisque la résiliation ne produit pas un effet rétroactif), *a fortiori* il n'ajoutera pas au degré de sanction d'un contrat où, à la suite d'erreur, les qualités prises en vue par la partie induite en erreur font défaut.

3° Arguments d'Analogie.

121. — Comme nous l'avons déjà signalé, les vices du consentement sont au nombre de quatre : l'erreur, la violence, le dol et la lésion. Examinons la solution du code civil iranien en matière des vices autres que l'erreur.

b) *La Violence*

122. — Le législateur iranien, dans l'article 199, a étudié la violence en même temps que l'erreur. Le mot inefficacité employé dans cet article

(17) Traduction Abdoh.

se rapporte aussi à la violence. Donc en raison des précédents commentaires à propos de l'expression « inefficacité », la violence aussi est frappée de nullité relative. En outre, dans l'article 209, le législateur a déclaré expressément que la confirmation du contrat après la cessation de la violence le rend efficace, et c'est justement une des propriétés essentielles de la nullité relative. Ainsi l'insertion conjointe du cas d'erreur et de celui de violence dans un seul article et la déclaration formelle que la confirmation ultérieure rend efficace le contrat dont le consentement est extorqué par la violence, est une raison probante d'affirmer que l'erreur, à l'instar de la violence, n'est pas frappée de nullité absolue.

c) *Le Dol.*

123. — Aux termes de l'article 438 « Le dol consiste dans des actes destinés à tromper l'autre partie » (17). Le dol peut être considéré comme un vice du consentement. D'après l'article 439 ainsi conçu : « l'acheteur a le droit de résiliation, si le dol émane du vendeur ; le vendeur a le droit de résiliation, si le dol émane de l'acheteur » (17), le dol est sanctionné par la résiliation. Le droit de résiliation est immédiat dès qu'on a eu connaissance de la lésion. « Article 440 : Dès qu'on a eu connaissance de la lésion, le droit de résiliation est immédiat ».

En cas de dol, l'erreur de la partie trompée est le résultat des manœuvres frauduleuses de l'autre partie ; malgré cette circonstance aggravante, le législateur l'a sanctionnée par la résiliation. Donc dans le contrat vicié par l'erreur, où une partie est

(17) Traduction Abdoh.

induite en erreur et l'autre est de bonne foi, *a fortiori* le législateur ne frappera pas ce contrat de nullité absolue.

Auparavant, nous avons dit que l'erreur sur le motif qui a déterminé un des contractants à s'obliger n'influe pas sur le contrat. Nous ajoutons que si l'erreur sur le motif est le résultat des tromperies de l'autre partie, elle doit être frappée de nullité relative. En effet, quand une des parties est inspirée par une idée malveillante, on doit sauvegarder l'intérêt de la partie qui est de bonne foi.

d) La Lésion.

124. — Aux termes de l'article 416, « chacune des parties contractantes qui aura subi une lésion énorme, pourra, après avoir eu connaissance de la lésion, résilier le contrat » (18). La lésion aussi entraîne la nullité relative. Conformément à l'article 420 le droit de résiliation est immédiat. « Art. 420 : Le droit de résiliation après la connaissance de la lésion est instantané. »

M. Hosseini, dans sa thèse (19), à propos de résiliation instantané du mariage signale que « Ici se pose la question de savoir pourquoi la résiliation est instantanée.

« En principe, le contrat de mariage, comme les autres contrats bilatéraux, doit être irrévocable. Mesure exceptionnelle, la résiliation est approuvée par le législateur pour éviter que l'époux, victime d'une injustice, ne souffre d'un dommage. Il faut noter que si l'époux mis au courant des faits con-

(18) Traduction Adboh.

(19) Le statut de la femme mariée en droit shyite, page 163.

finue de mener la vie conjugale, le législateur présume qu'il a renoncé à son droit de résiliation ». Il est évident que c'est la même présomption qui a incité le législateur à limiter le droit de résiliation en cas de lésion et de dol.

Nous arrivons ainsi à la conclusion suivante : étant donné que le législateur a frappé la violence, d'une manière explicite et sans ambiguïté, de nullité relative, et a sanctionné la lésion et le dol par la résiliation, et en considérant que le cas de dol, qui suggère toujours la culpabilité morale d'une partie en raison des manœuvres dolosives, n'est pas sanctionné plus durement, le raisonnement par analogie nous impose la même solution en cas d'erreur.

Avec toutes ces explications, nous arrivons à ce résultat que les vices du consentement dans le droit iranien ne frappent pas l'obligation de nullité absolue. Et comme une des caractéristiques du contrat de cautionnement est son caractère accessoire, il doit avoir le même sort que celui de l'obligation principale. Ainsi, le cautionnement de telles obligations serait valable provisoirement ; mais comme il ne constitue qu'une obligation accessoire, si l'obligation primitive est annulée, il sera annulé avec elle ; on doit juger l'un et l'autre par les mêmes principes.

CHAPITRE III

DE L'ÉTENDUE ET DE L'INTERPRÉTATION DU CAUTIONNEMENT

125. — Les rédacteurs du code civil iranien, n'ont rien édicté sur l'étendue et l'interprétation du contrat de cautionnement. En raison de cette lacune, la tâche du juge du fait dans l'appréciation de ce contrat est très malaisée. Pour écarter toute ambiguïté, nous allons esquisser certains principes relatifs à l'objet de ce chapitre en nous basant sur les caractères du cautionnement et sur les principes généraux du code civil iranien qui y sont disséminés çà et là.

A. — *Le principe dominant concernant l'étendue et l'interprétation du cautionnement.*

126. — Auparavant nous avons exposé en détail que le cautionnement en général, et d'après le code civil iranien en particulier, est un contrat dangereux pour la caution qui souvent à cause de l'insolvabilité du débiteur court le risque de payer la dette de celui-ci sans que son propre recours ait un effet compensatoire. Pour parer à ce danger et trouver une solution satisfaisante, le principe dominant qui doit nous guider à propos de l'étendue et de l'interprétation c'est que : *Lorsqu'il y a doute, il faut interpréter le cautionnement dans le sens le plus limitatif.*

Il va sans dire que le juge ne doit adopter ce procédé d'interprétation, qu'en cas de doute, et non pas quand la portée de la stipulation de la caution, ne prêtant à aucune équivoque, ne laisse rien à désirer. En effet, quand la caution veut, avec la connaissance parfaite des conséquences que son acte de bienfaisance lui coûtera, venir à l'aide du débiteur, il n'est rien moins qu'immoral d'entraver son élan vers le bien par des interprétations méticuleuses. Et même nous sommes partisan de ce procédé selon lequel le juge de fait, quand il trouve devant lui une caution opulente, consciente de sa responsabilité et un débiteur digne de compassion, doit user de toute sa souveraineté morale pour que la caution soit encouragée dans son inclination généreuse.

En conséquence, l'application du principe susvisé est réservée pour le cas où la caution n'ayant pas eu l'intention de faire bénéficier sans mesure le débiteur, se trouve devant un guêpier. C'est à ce moment que le juge de fait doit avoir en vue ce principe et s'astreindre à ne pas amplifier l'étendue et l'interprétation du contrat de cautionnement.

B. — *Les conséquences tirées du principe dominant touchant l'étendue et l'interprétation du cautionnement.*

127. — Avant d'étudier les conséquences que ce principe comporte, il faut distinguer le cautionnement illimité du cautionnement limité. Dans le premier cas, la caution s'oblige comme le débiteur principal ; dans le second cas, elle fournit la sûreté de son intervention seulement pour une partie de la dette.

Les conséquences que nous déduirons du principe dominant susvisé concernent les cas où cette distinction est malaisée à faire.

Première Conséquence

128. — D'après l'article 495 du code civil iranien le cautionnement donné pour l'exécution d'un bail ne s'étendra pas au prix du bail visé dans l'article 494. Ce dernier article est ainsi conçu : « Le contrat de bail s'éteint par l'arrivée du terme et, si après cette arrivée, le preneur garde la chose louée sans la permission du propriétaire, pendant quelque temps, le bailleur doit recevoir le prix du bail, pour ce temps, même si le preneur n'a pas profité de la chose. Et s'il garde la chose avec la permission du propriétaire, il ne doit payer le loyer que s'il a profité de la chose, à moins que le propriétaire ne lui ait permis de profiter de cette chose gratuitement » (1).

De l'ensemble de ces deux articles et du principe directeur susvisé nous déduisons cette conséquence que le cautionnement ne peut être étendu d'une chose à une autre. Dans l'exemple que nous fournit l'article 495, la connexité entre les deux créances n'est pas trop étroite. En étendant ce principe aux créances dont les parties constituantes sont plus voisines, nous énonçons notre formule de la manière suivante : *il ne faut pas étendre aux autres parties de la dette, le cautionnement donné pour une partie de celle-ci.*

Quoique le cautionnement mentionné dans l'article 495 soit illimité, les rédacteurs du code civil iranien ont entendu l'interpréter au sens restrictif ;

(1) Traduction Amir-Soleimani.

donc à plus forte raison ce principe s'applique-t-il au cautionnement limité.

L'interprétation restrictive de l'engagement illimité de la caution a son précédent dans le droit shyite. D'après Mohaghegh, si la caution déclare qu'elle se constitue garante de toutes les obligations du débiteur, dans ce cas, elle n'est responsable que des obligations du débiteur, dont la constatation au jour de la fourniture du cautionnement, est prouvée, mais non des promesses écrites faites par le débiteur, non plus que des obligations que celui-ci déclare ensuite (2).

Deuxième Conséquence.

129. — Nous déduisons de notre principe directeur concernant l'interprétation, que le cautionnement ne doit pas être étendu d'une personne à une autre. La raison qui milite en faveur de cette solution, c'est que la sûreté accordée par la caution est *intuitu personæ*, puisqu'il y a contrat de bienfaisance. Le cas d'application de cette théorie c'est celui de la novation par changement de débiteur qui s'effectue après le cautionnement.

130. — On peut objecter que dans le cautionnement du droit iranien, à cause de la transmission de la dette, le changement de débiteur ne devrait pas avoir d'influence sur l'engagement de la caution, puisque dès la formation du contrat, le débiteur est déchargé et l'obligation de la caution est censée définitive.

(2) Querry, Droit Musulman, T. I, page 477.

Nous rejetons cette assertion pour deux raisons :

D'abord, si à cause de la transmission de la dette le changement de débiteur ne doit pas avoir effet dans le recours du créancier qui a pour seul objet la caution, par contre ce changement a une grande importance pour la caution : en effet, le débiteur substitué peut offrir moins de garantie que le débiteur primitif et si dès le début, la caution avait prévu qu'en dernier lieu, elle aurait à exercer son recours contre une telle personne, elle n'aurait pas accédé à l'obligation.

En second lieu, si le code civil iranien a accepté le principe de transmission, il n'a pas rejeté complètement la notion du cautionnement-adjonction. Le preuve en est dans l'article 718 du code civil iranien qui est ainsi conçu ; « Si le créancier acquitte la caution de sa dette, la caution et le débiteur deviennent libérés conjointement ». On se rend bien compte que si les rédacteurs du code civil iranien voulaient appliquer rigoureusement le principe de la transmission, comme celle-ci se réalise spontanément dès la formation du contrat de cautionnement, il n'y aurait pas occasion pour le créancier de pouvoir libérer encore le débiteur de sa dette. Si on lui a laissé encore cette faculté, c'est qu'aux yeux des rédacteurs, malgré la transmission, un vestige demeure de l'ancienne obligation du débiteur. Un autre article qui amorce le principe d'adjonction, c'est l'art. 707 qui dispose : « Si le créancier donne décharge de sa dette au débiteur, la caution n'est pas libérée sauf qu'il s'agit de la remise même de la dette ».

En dehors de l'action en recours de la caution, par suite de la persistance de ce lien entre le créan-

cier et le débiteur, le changement de celui-ci peut faire disparaître la perspective qu'a la caution d'être déchargée, perspective sous l'influence de laquelle le contrat de cautionnement a peut-être été conclu. Par exemple, si le premier débiteur était le fils du créancier, la caution avait plus de chance de se voir déchargée à la suite de la remise de la dette qu'une personne n'ayant pas de lien de consanguinité.

Troisième Conséquence

131. — La dernière conséquence que nous déduisons de notre principe à propos du cautionnement limité, c'est que le créancier et le débiteur principal ne peuvent pas reculer le terme primitif de la dette durant lequel la caution avait accordé sa garantie. Si on voulait déroger à cette conséquence non seulement cette dérogation serait en contradiction avec le principe directeur de l'interprétation que nous avons tiré de l'ensemble du droit iranien, mais elle porterait atteinte à la notion du contrat ; car dans le contrat ce sont les parties qui déterminent elles-mêmes librement les limites de leurs obligations et apportent les modifications désirées. Or, dans le contrat de cautionnement, les deux parties nécessaires à la conclusion du contrat, ce sont le créancier et la caution ; le débiteur n'y a qu'un rôle accessoire. En conséquence, la concordance de volontés du créancier et du débiteur principal n'a pas le pouvoir de reculer la durée de l'obligation de la caution.

C. — Du Cautionnement Illimité.

132. — Examinons la situation de la caution en cas de cautionnement illimité.

Si l'engagement de la caution est illimité, elle doit répondre de la dette et de toutes ses conséquences.

Par application de cette théorie, l'obligation d'une caution qui s'est obligée pour l'exécution d'un bail doit s'étendre aux indemnités que le preneur pourra devoir à cause des dégradations.

De même, la caution d'une compte courant en garantit tous les articles, en principe indivisibles (3).

133. — Est-ce qu'on peut appliquer cette théorie à propos des frais de poursuite ?

Pour trancher la question, distinguons entre la poursuite dirigée contre le débiteur, la poursuite dirigée contre la caution et enfin la poursuite dirigée contre le créancier.

Dans le premier cas, la caution ne doit pas supporter les frais des poursuites ; car après la transmission de la dette, le débiteur est déchargé et le créancier n'est pas fondé légalement à le poursuivre.

Dans le deuxième cas, la caution paraît devoir les frais, si elle a été mise à même, par une dénonciation faite en temps utile, d'arrêter l'instance commencée.

Dans le troisième cas, la solution du problème est un peu délicate. Avant de trancher la question, éclaircissons l'objet de la poursuite : une action est intentée par le débiteur contre son créancier sous le prétexte d'inexécution par celui-ci des obligations dont il est tenu.

Dans le cas de cautionnement-adjonction on

(3) Traité pratique de droit civil français par Planiol-Ripert, T. XI, page 890.

peut admettre la solution donnée pour le premier cas puisque la caution répond de l'obligation tout entière, y compris celle du créancier, et de son inexécution.

Mais dans le cautionnement-transmission, la poursuite du créancier de la part du débiteur ne semble pas admissible. Car la transmission de l'obligation enlève au débiteur son action directe contre le créancier ; et c'est à la caution qu'il incombe de poursuivre celui-ci. Et si l'inexécution de l'obligation de la part du créancier cause préjudice au débiteur principal, il doit poursuivre la caution sous la forme d'une demande reconventionnelle, si celle-ci exerce son recours, sinon sous la forme d'une action directe. Nous concluons donc, qu'en raison de l'initiative non motivée du débiteur dans la poursuite du créancier, la caution ne devrait pas répondre des frais de la demande sauf le cas où le débiteur par une clause spéciale a exclu de la transmission, l'obligation du créancier.

133 bis. — En terminant avec la question de la limite de l'engagement de la caution, il faut ajouter que le cautionnement doit s'étendre seulement aux obligations qui naissent du contrat et non pas à celles qui lui sont étrangères. C'est ainsi que les peines prononcées contre le preneur à raison de la fabrication par lui d'une pièce fausse ne doivent pas s'étendre à la caution qui aurait garanti les loyers.

CHAPITRE IV

DES DIVERSES ESPÈCES DE CAUTIONS ET DE L'OBLIGATION DE FOURNIR CAUTION

134. — Dans ce chapitre nous traiterons premièrement des trois espèces de cautions et deuxièmement de l'obligation de fournir caution en particulier dans ses rapports avec la solvabilité et la charge de la preuve.

SECTION I. — *Des diverses espèces de cautions*

135. — Le cautionnement peut être légal, judiciaire ou conventionnel.

Le cautionnement est légal, quand il est imposé en vertu d'une disposition impérative de la loi.

Le cautionnement est judiciaire lorsqu'au cours d'un litige, il est ordonné par le juge.

Le cautionnement est conventionnel quand il n'est ni imposé ni par la loi ni par la justice, mais exigé par le créancier.

Le cautionnement légal ne change pas de caractère quand la caution est reçue en justice à la suite de la contestation soulevée sur son opportunité par le débiteur.

De même le cautionnement conventionnel ne change pas de caractère, quand le débiteur, en raison de l'inexécution de son obligation de fournir

caution, a été obligé de la fournir, à la suite d'un jugement.

Enfin, le cautionnement ne perd pas son caractère légal, quand l'acquiescement de l'intéressé à devenir caution est constaté par un jugement.

SECTION II. — *De l'obligation de fournir caution*

136. — Parmi les questions qui sont de conséquence dans le contrat de cautionnement, il faut citer la solvabilité de la caution. En effet, ce contrat repose toujours sur la confiance du créancier en quelqu'un ou quelques-uns. Or il faut que la loi s'occupe des conditions que doit remplir la caution, afin que le créancier ne se laisse leurrer à l'occasion de son acte de bienfaisance.

D'un autre côté, la loi ne doit pas exagérer trop les qualités requises, sans quoi le débiteur qui se trouve dans l'embarras, ne pourra pas jouir des avantages d'une institution juridique qui de prime abord est créée pour lui être favorable.

137. — Dans le code civil iranien les articles 686 et 690 sont consacrés à ce problème. « Art. 686 : la caution doit avoir la capacité de contracter ». « Art. 690 : il n'est pas nécessaire que la caution possède des biens. Cependant si le créancier ignorait au moment de la conclusion du contrat que la caution ne présente pas des garanties de fortunes, il a un droit de résiliation ; mais si l'insolvabilité est survenue après le cautionnement, il ne bénéficie pas du droit de résiliation ».

Il ressort de ceci que la caution doit avoir les deux qualités suivantes :

1° être capable ;

2° être solvable.

Nous ne traiterons pas de la première qualité, puisque nous l'avons déjà examinée au Chapitre II.

A. — *La solvabilité de la caution.*

138. — Quant à la solvabilité, la loi n'a pas indiqué de critérium pour en apprécier les éléments. La tâche en revient au juge qui eu égard aux circonstances changeantes de temps et de lieu, doit décider du rapport de convenance qui existe entre la situation antérieure et la situation actuelle de la caution. En effet, l'évolution économique conduit toujours à une instabilité d'opinions qui ne permet pas d'énoncer quant à la solvabilité, une règle intangible. Le critérium d'aujourd'hui peut devenir suranné demain. La confirmation indéniable que nous pouvons invoquer en faveur de notre opinion, c'est l'art. 2019 du code civil français qui a estimé la solvabilité du débiteur eu égard à ses propriétés foncières. Or, aujourd'hui, par rapport à la propriété foncière la fortune mobilière, grâce à ses avantages incontestables, et à son développement surtout, a gagné du terrain.

139. — L'article 690 en faisant de la solvabilité de la caution une condition de validité du contrat de cautionnement, a soulevé des problèmes importants dont nous allons donner l'analyse.

1° L'insolvabilité de la caution, en droit iranien n'est pas considérée comme une cause de nullité absolue du contrat de cautionnement. Si le créancier a accepté sciemment une caution qui ne

répondait pas à cette condition de solvabilité, il ne peut demander son remplacement par une autre. En effet, il avait la faculté de ne pas exiger de caution, a fortiori il peut l'accepter en état d'insolvabilité, et quand il l'a acceptée comme telle il ne doit pas pouvoir revenir contre son acceptation.

2° Si l'insolvabilité n'est pas une cause de nullité absolue, par contre c'est une cause d'annulabilité du cautionnement. Ainsi si le créancier au moment du contrat de cautionnement ignorait cette insolvabilité, il a le droit de résiliation.

3° Si la caution donnée, et dont la solvabilité a été constatée lors de sa réception, devient insolvable après la formation du contrat de cautionnement, le créancier ne bénéficie pas du droit de résiliation.

Cette dernière solution semble le résultat de la transmission de la dette. En effet, si le législateur avait voulu donner une solution affirmative, il dérogeait à l'article 698 qui affirme expressément la transmission de l'obligation. Avec la mutation de la caution à la place du débiteur qui est déchargé vis-à-vis du créancier, on ne peut pas admettre la possibilité du recours de ce dernier contre le débiteur.

Mais nous ne sommes pas entièrement d'accord sur la dernière solution de l'art. 690, c'est-à-dire au cas d'insolvabilité survenue chez la caution ; car le créancier qui n'a pas voulu traiter avec le débiteur seul, se trouverait cependant contraint de l'avoir seul pour débiteur. Or cette solution choque le principe de la pleine liberté contractuelle qui dans le droit iranien règne en souverain maître. Les seuls cas où cette solution nous paraît équitable sont :

- a) quand la convention imposait au débiteur de donner une caution qui est devenue insolvable ;
- b) si la caution a été spontanément offerte par le débiteur, qui n'y était pas obligé.

140. — La loi n'a pas indiqué le critérium d'insolvabilité survenue chez une caution donnée ; elle l'a laissé à l'appréciation souveraine du juge. Nous croyons que le juge doit s'appuyer sur cette règle à savoir : *que la situation de la caution change de telle manière que le créancier aurait pu refuser de l'accepter, si cette situation eût existé au moment de la conclusion du contrat de cautionnement.*

141. — A propos de la faculté de résiliation du créancier, l'art. 690 n'a pas fait de distinction entre le cas où apparaît l'insolvabilité absolue de la caution et celui de son insolvabilité partielle. On peut se demander si en cas d'insolvabilité partielle, le débiteur sera autorisé à fournir une caution supplémentaire pour mettre obstacle au droit de résiliation du créancier. Comme la loi a accordé cette faculté au créancier d'une façon absolue, on ne peut pas donner cette solution. D'autre part en cas de lésion, l'art. 421 a écarté cette solution équitable sauf lorsque la personne lésée a donné son consentement ; donc par analogie il semble qu'on doive adopter la solution de cet article, quoique la négation de la faculté de résiliation ne nuise pas au créancier, dont les intérêts seront assurés par la caution complémentaire, et quoique cette solution soit avantageuse pour le débiteur qui aura beaucoup moins de peine à trouver une caution supplémentaire qu'une nouvelle caution pour la dette entière.

Par contre, dans le droit français, conformément à l'art. 2020 du c. c. fr., le débiteur doit la

remplacer ou la compléter (1) « art. 2020 : lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre.

Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution. »

142. — La mort de la caution ne doit pas être assimilée à son insolvabilité, puisque avant le partage de la succession les dettes du défunt doivent être remboursées. Cependant touchant l'échéance de l'obligation, on ne peut pas obliger le créancier à attendre jusqu'à ce que le terme soit échu ; peut-être le créancier n'aura-t-il pas la même confiance dans ses successeurs que dans la caution défunte. Le code civil iranien dans l'art. 705 a prévu ce problème et a décidé que le décès de la caution emporte échéance de l'obligation. « Art. 705 : Le cautionnement à terme devient pur et simple par le décès de la caution ».

Ici on se heurte à une question d'équité, à savoir que la mort d'une caution qui n'a pas assez de fortune pour qu'on acquitte toutes ses obligations obligera le créancier du cautionnement présent à venir en concours avec les autres créanciers du défunt dont les créances à terme deviennent exigibles à cause de la mort de la caution. Si on refuse au créancier le droit de résiliation ou au moins le droit de demander une caution supplémentaire, il sera lésé.

(1) Traité pratique de droit civil français par Planiol-Ripert, T. XI, page 883.

B. — *La charge de la preuve concernant l'insolvabilité de la caution.*

143. — Pour en terminer complètement avec le problème de la solvabilité de la caution, il est nécessaire d'examiner à qui incombe la preuve de cette solvabilité.

Pour trancher rationnellement cette question, il faut distinguer deux cas :

1° Quand le créancier à qui la caution est présentée en conteste la solvabilité, celle-ci n'a rien à faire dans le débat ; la charge de la preuve incombe au débiteur, puisqu'en affirmant que la caution qu'il offre est solvable, il est considéré comme demandeur. Mais si le créancier prétend que les biens indiqués ne sont pas d'une valeur suffisante, il est demandeur en exception et la charge de la preuve concernant l'insuffisance des biens de la caution lui incombe.

2° Après la passation du contrat de cautionnement, il appert que la caution était insolvable à cette époque. Le créancier qui veut profiter de sa faculté de résiliation est considéré comme demandeur et doit justifier sa demande.

144. — Ici intervient une autre question, c'est de savoir contre qui le procès doit être intenté.

Nous croyons que le créancier est obligé d'intenter le procès contre la caution à l'exclusion du débiteur pour la raison suivante : puisque d'après l'art. 690 du code civil iranien la solvabilité de la caution n'est pas une condition de la formation du contrat de cautionnement, mais de son efficacité, il est certain qu'après la réception de la caution,

même insolvable, la situation juridique des parties intervenues au contrat de cautionnement change. Désormais la caution devient débiteur principal, et le débiteur primitif est considéré comme déchargé vis-à-vis du créancier. Or, avec cette interversion qui est la conséquence nécessaire du cautionnement-transmission du droit iranien, le créancier n'a pas le droit d'intenter un procès contre le débiteur primitif. Seulement quand il aura obtenu gain de cause, il pourra recourir contre celui-ci pour mettre à profit sa faculté de résiliation.

145. — Est-ce que le débiteur peut participer à l'instance où la solvabilité de la caution est discutée, par le moyen de l'intervention ?

Nous répondons par l'affirmative : en effet, en cas de nullité du contrat de cautionnement, l'effet du jugement se répercutera sur lui de sorte que ses intérêts s'y trouvent engagés.

146. — Une personne morale, une société anonyme peuvent-elles devenir caution ?

Nous répondons négativement. Car un des moyens prescrits par la loi iranienne pour mettre en exécution les jugements, est la contrainte par corps. Or la personne morale n'y est pas sujette.

Cette solution négative nous met en présence d'une lacune dans le droit iranien : c'est qu'une banque ne peut se porter caution.

En droit français, il faut affirmer la possibilité pour la personne morale de devenir caution, puisqu'en matière civile, il y a longtemps que la contrainte par corps est supprimée.

DEUXIÈME PARTIE

DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT

147. — Dans cette partie nous examinerons les différents points suivants :

CHAPITRE PREMIER. — *Des effets du cautionnement entre le créancier et la caution.*

CHAPITRE II. — *Des effets du cautionnement entre le débiteur et la caution.*

CHAPITRE III. — *Des effets du cautionnement entre les cautions.*

CHAPITRE PREMIER \

DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE CRÉANCIER ET LA CAUTION

148. — Pour exposer les effets juridiques du cautionnement entre le créancier et la caution, on est obligé de faire une distinction entre le cautionnement du code civil et celui du code de procédure civile iranien, puisque l'un est basé sur la transmission de l'obligation et l'autre sur l'adjonction.

SECTION I. — *Des effets du cautionnement entre le créancier et la caution d'après le code civil iranien*

149. — Aux termes de l'article 698 du code civil iranien après la conclusion du contrat de cautionnement, le débiteur se trouve déchargé envers le créancier et la caution devient le seul obligé. « Art. 698 : Après la conclusion valable du cautionnement, le débiteur est libéré de son engagement, et la caution devient obligée ».

En conséquence le créancier ne peut pas poursuivre le débiteur. Il a comme débiteur la caution qui est substituée au débiteur primitif dans l'obligation contractée envers lui-même. Il s'ensuit que la caution n'a pas le droit d'opposer le bénéfice de discussion.

L'inconvénient que l'absence du bénéfice de

discussion fait naître dans le droit iranien est irrémédiable. Il est à présumer que la caution ne s'est obligée qu'avec cette perspective que sa responsabilité est limitée au cas seulement où le débiteur ne serait pas en état de payer lui-même. C'est une volonté indivisible et par conséquent les principes d'équité ne permettent pas de la décomposer.

Nous croyons que c'est la fidélité excessive du législateur iranien à la notion de transmission qui l'a rendu indifférent à cette institution d'équité. Le législateur dans le conflit entre la logique juridique et le principe d'équité a condamné ce dernier.

A. — Epoque où le créancier peut agir.

150. — Du caractère accessoire du cautionnement et de ce principe que la caution n'est pas tenue d'une manière plus onéreuse que le débiteur (sauf clause contraire basée sur les cas énoncés formellement par la loi), il résulte que le créancier dans le silence du contrat de cautionnement ne peut agir contre la caution qu'au terme fixé pour le paiement de l'obligation principale.

151. — Que faut-il décider si le débiteur principal tombe en faillite ou en déconfiture avant le terme fixé pour le paiement de la dette ?

Conformément à l'article 248 du code de commerce iranien, le jugement déclaratif de faillite rend exigible les dettes à terme. Mais cet article n'a pas précisé à l'égard de qui la dette devient exigible. On peut alors se demander si la déchéance du terme se répercutera sur la caution ?

Les raisons suivantes nous inclinent à résoudre négativement le problème.

1° Quoique l'obligation de la caution soit une obligation accessoire au point de vue de son existence, elle n'en est pas moins une obligation distincte de l'obligation principale au point de vue modalité. « Art. 702 : si le cautionnement est à terme, le créancier ne peut pas réclamer sa créance de la caution avant l'échéance du terme quoique la dette soit exigible ».

Ainsi cet élément d'indépendance de l'obligation de la caution et surtout le caractère transmissif du cautionnement dans le droit iranien, nous pousse à cette conclusion que les causes qui modifient la modalité de l'obligation du débiteur principal ne doivent pas modifier celle de l'obligation de la caution.

2° Il serait contraire à la volonté des parties, lors du contrat, de faire subir à la caution les effets que le jugement en déclaration de faillite comporte vis-à-vis du débiteur principal : la caution a dû compter sur le terme fixé dans l'obligation pour le paiement ; donc on n'a pas le droit de l'obliger avant le terme convenu.

3° Le but de la déchéance du terme prévu par le code de commerce c'est de protéger le créancier des conséquences d'une insolvabilité absolue, or la solvabilité de la caution n'est pas sujette à contestation. En conséquence on ne doit pas avoir la faculté d'étendre cette mesure à la caution.

La jurisprudence française aussi a donné la solution négative : « si le débiteur principal encourt, par son fait, la déchéance du terme stipulé en sa faveur, cette déchéance ne saurait atteindre la caution » (1).

(1) Traité pratique de droit civil français par Planiol-Ripert, T. XI, page 892.

Nous croyons qu'on doit étendre a fortiori cette solution au cas où la caution ne s'est pas obligée purement et simplement, mais a stipulé un terme pour son paiement bien que l'obligation principale soit présente.

B. — *L'imputation de paiement en cas de cautionnement partiel.*

152. — Si le contrat de cautionnement n'est intervenu que pour une partie de la dette, et si le débiteur a partiellement payé le créancier, celui-ci peut imputer le paiement pour la partie non cautionnée et poursuivre la caution pour le surplus. En effet, l'utilité du contrat de cautionnement réside dans la garantie de ce qui ne serait pas payé par le débiteur principal. En plus, le principe de la transmission de l'obligation dans le cautionnement rend le débiteur principal étranger à la partie cautionnée de la dette, de sorte que l'imputation de la somme payée par le débiteur sur la partie non cautionnée devient inévitable.

153. — Le débiteur de plusieurs dettes peut-il imputer le paiement qu'il fait soit sur les dettes cautionnées, soit sur les dettes non cautionnées ?

Conformément au principe de l'imputation des paiements énoncé par l'art. 282 du code civil iranien, c'est au débiteur de plusieurs dettes que revient la faculté d'indiquer quelle dette il entend acquitter, lorsqu'il paye.

Mais la substitution de la caution au débiteur dans le contrat de cautionnement rend inapplicable ce principe. En effet, après le cautionnement, le débiteur principal est déchargé vis-à-vis du créan-

cier et par suite il doit payer de prime abord les dettes au sujet desquelles il a contracté un engagement coercitif. Et s'il a encore malgré la transmission, la faculté de payer le créancier, c'est pour obvier à la poursuite qu'exercera la caution en vertu de son droit de recours.

C. — *Pluralité de cautions.*

154. — Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions, par voie de division, d'un même débiteur pour une même dette, l'art. 721 du code civil iranien admet que le créancier a un droit de recours contre chaque caution en proportion de sa part et portion.

155. — En marge de ce sujet deux problèmes se posent auxquels le code civil iranien ne fait pas allusion :

1° Est-ce que plusieurs personnes peuvent se rendre cautions solidaires d'un même débiteur pour une même dette ?

2° Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions purement et simplement d'un même débiteur pour une même dette, le créancier peut-il demander à l'une d'elles la totalité de la dette ou devra-t-il réduire son action à la part et portion de chaque caution ?

Pour trancher le premier problème, il faut examiner la solidarité dans le droit iranien.

Le code civil iranien, n'a pas un chapitre spécial sur cette question. Mais dans l'ensemble on se rend compte qu'il n'a pas interdit cette modalité dans les obligations. Par exemple l'article 323 à propos de la détention injuste de la chose d'autrui

déclare : quiconque a acheté une chose détenue injustement, en demeure responsable ; le propriétaire peut recourir, à son choix, contre le vendeur ou l'acheteur.

Concernant la solidarité dans le contrat de cautionnement, il faut faire la distinction suivante :

Si les cautions solidaires sont intervenues simultanément nous croyons à la validité de leur engagement. Par contre si elles sont intervenues successivement, nous sommes partisan de la nullité des cautionnements solidaires sauf le premier en date. Nous justifierons plus loin cette manière de voir (voir N° 201).

Quant à la deuxième question, nous pensons que la vérité juridique est dans le système qui tient pour solidaires les cautions, qui se sont engagées pour la même dette en dehors de toute clause expresse de solidarité. La division de la dette va à l'encontre du but poursuivi par le créancier qui est de garantir l'insolvabilité de l'une par la solvabilité des autres et à l'encontre du but poursuivi par les cautions qui est d'augmenter les garanties de paiement.

Sans doute cette solution ne doit intervenir que quand le juge de fait se trouve devant des parties qui manquent de preuve en faveur de la division. Par contre si une partie, en prétendant que la dette doit être divisée, étaye sa prétention sur des arguments valables, elle doit obtenir gain de cause.

En Suisse, dans un tel cas, on a admis la solidarité. En effet chaque caution est réputée certificateur de caution pour la part des autres ; or ce système se rapproche de celui de la solidarité quant à son résultat. Dans ce but, l'art. 496 du code fédéral des obligations de Suisse est ainsi conçu : « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné conjointement

une même dette divisible, chacune d'elles est obligée comme caution simple pour sa part et comme certificateur pour la part des autres ».

Le code civil français par les deux articles 2025 et 2026 ne considère pas ces cautions comme solidaires mais plutôt comme des débiteurs conjoints. L'intérêt pratique de la distinction entre le cautionnement solidaire et le cautionnement conjoint apparaît en cas de prescription. Dans le premier cas si la prescription est interrompue contre l'une des cautions, elle a son contre-coup vis-à-vis des autres; par contre dans le deuxième cas, l'interruption de la prescription contre l'une des cautions, est sans effet par rapport aux autres.

156. — Dans le cautionnement solidaire le créancier a-t-il le droit de renoncer à demander à chaque caution la totalité de la dette ?

Conformément au principe général toute personne peut renoncer à un droit que la loi lui accorde. Donc il n'y a aucun empêchement à ce que le créancier applique ce principe.

A propos de cette renonciation, il est intéressant de noter que d'après l'article 2027 du code civil français, le créancier ne peut revenir contre la division qui est une sorte de renonciation, même s'il y avait des insolvabilités antérieurement au temps où il l'a consentie.

En droit civil iranien il n'y a pas de texte qui énonce formellement la solution du problème. Par suite du silence du législateur, et en s'appuyant sur l'art. 690 du code civil iranien, nous croyons que s'il y avait des insolvabilités existant au moment de la conclusion du contrat de cautionnement dont le créancier était ignorant, il doit avoir encore la faculté de revenir sur la renonciation. Car il peut

prétendre que s'il avait eu connaissance de l'insolvabilité, il n'aurait pas consenti à la renonciation de la solidarité, « Art. 690 : Il n'est pas nécessaire que la caution possède des biens. Cependant si le créancier ignorait au moment de la conclusion du contrat que la caution ne présentait pas des garanties de fortunes, il a un droit de résiliation ; mais si l'insolvabilité est survenue après le cautionnement, il ne bénéficie pas de droit de résiliation ».

156 bis. — Pour terminer la question de solidarité, comparons son utilité dans le cautionnement-transmission et dans le cautionnement-adjonction.

Dans le cautionnement-transmission le créancier, par l'intermédiaire de la solidarité, sera à l'abri de l'entrave que lui est le bénéfice de division, quand il y a plusieurs cautions.

Par contre dans le cautionnement-adjonction, la solidarité est un procédé efficace pour le créancier, car il lui permet de poursuivre chacune des cautions solidaires et de se libérer des deux entraves que lui sont le bénéfice de division et le bénéfice de discussion.

Toutefois il faut noter que malgré que la subrogation dans les droits du créancier doive être logiquement le fruit du bénéfice de division ou du bénéfice de discussion, la jurisprudence française ne prive pas la caution solidaire de la jouissance de la subrogation, solution équitable puisque la caution solidaire n'est pas le véritable débiteur (1).

Malheureusement dans le droit iranien, du fait de transmission de l'obligation primitive, la subrogation aux droits du créancier n'est pas concevable pour la caution solidaire (voir numéro 197).

(1) Traité pratique de droit civil français par Planiol-Ripert, T. XI, page 898.

D. — *Les exceptions que la caution peut opposer.*

157. — Le caractère accessoire du contrat de cautionnement doit donner à la caution, pure et simple ou solidaire, le droit d'opposer toutes les exceptions inhérentes à la dette ou toutes les nullités tenant à la cause ou à l'objet de l'obligation principale, par exemple conformément à l'article 601 du code civil iranien nous croyons que la nullité d'un partage faux que la caution a cautionné peut être invoquée de sa part.

158. — A l'inverse, la caution ne devra pouvoir opposer les exceptions purement personnelles au débiteur, comme l'exception tenant à l'incapacité personnelle du débiteur, telle que l'interdiction de celui-ci, puisque la loi conformément à l'article 687 a validé la fourniture du cautionnement pour un interdit.

Elle ne pourra non plus se prévaloir de l'exception de compensation conformément à l'article 297 du code civil iranien, puisque à cause de la transmission de l'obligation, il y a changement de débiteur. « Art. 297 : Après la conclusion du cautionnement si le créancier devient débiteur du débiteur principal, la caution n'est pas libérée ». De même elle ne doit pas pouvoir se prévaloir de l'exception de prescription qui est acquise au débiteur principal postérieurement au contrat de cautionnement.

159. — Est-ce que la caution qui a le droit de se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette, représente le débiteur ?

L'intérêt pratique de la représentation ou de la non-représentation apparaît au cas où le débiteur principal renonce à invoquer l'exception ou la nullité. Si la caution oppose la nullité en vertu d'un

droit qui lui est personnel, il va sans dire que la renonciation du débiteur n'a aucune influence. Par contre, si la caution est représentée par le débiteur principal, la renonciation de celui-ci la lie, et elle ne peut plus agir.

Nous ne croyons pas que la caution lorsqu'elle oppose des exceptions inhérentes à la dette représente le débiteur. La renonciation du débiteur ne doit pas avoir d'influence, puisque ces exceptions résultent de la nature même du contrat, et détruisent l'obligation principale, les exceptions personnelles et enfin l'obligation accessoire. Si l'obligation cautionnée ne possède pas les conditions requises par la loi pour sa formation, elle sera nulle et devra entraîner la nullité du contrat de cautionnement.

Réciproquement nous dirons que si la renonciation du débiteur principal ne doit pas avoir d'influence sur le droit de la caution, la renonciation de celle-ci aussi doit être sans effet sur le débiteur principal et celui-ci en cas de recours de la caution peut lui reprocher de ne pas avoir invoqué les exceptions opposables.

Comme conséquence de la même idée, on doit décider que le débiteur peut intervenir dans les instances pendantes entre la caution et le créancier pour la sauvegarde de ses droits ; il peut même former tierce opposition aux jugements rendus contre la caution.

160. — Le code civil iranien dans le chapitre concernant les rapports de la caution et du créancier a édicté des règles qui tantôt concordent avec le caractère accessoire du cautionnement et tantôt vont à l'encontre de ce caractère. Nous avons discuté auparavant plusieurs de ces cas, nous n'y reve-

nous pas ; nous signalons ici seulement deux cas que nous n'avions pas abordés.

1° D'après l'article 701, si l'obligation principale comporte le droit de résiliation, le contrat de cautionnement l'implique aussi et devient résiliable.

2° D'après l'article 708, la caution qui garantit la chose vendue est déchargée en cas de résolution de la vente en vertu de la résiliation à l'amiable ou du droit d'option.

Ces deux cas sont ceux qui concordent avec le caractère accessoire du contrat de cautionnement.

SECTION II. — *Les effets du cautionnement entre le créancier et la caution*

*d'après le code de procédure civile iranien,
avant la promulgation*

*de la loi du 26 et du 28 Esfande 1308 (19 mars 1930)
concernant la saisie conservatoire de l'objet du litige*

A. — *Observation.*

161. — Avec la loi du 26 et 28 Esfande 1308 concernant la saisie conservatoire de l'objet du litige (Tamine-Modaabé) qui a supprimé la distinction entre la caution intégrale et la caution sous condition suspensive, il semble que la rédaction de cette section n'a d'autre utilité que de servir d'aperçu historique à l'étude du cautionnement du code de procédure civil iranien. Cependant comme le législateur en unifiant le principe directeur du cautionnement et en le basant sur transmission-obligation, a omis d'amender certains textes de ce même code qui contiennent des vestiges de l'ancienne distinction du cautionnement, nous avons

trouvé utile de traiter les effets du cautionnement entre le créancier et la caution sous l'empire du code de procédure civile avant la promulgation de la loi du 26 et du 28 Esfande 1308. En outre, cette section initiera le lecteur au mécanisme du bénéfice de discussion qui est la pièce maîtresse et la conséquence inéluctable du cautionnement-adjonction.

B. — *Cautions intégrale et sous condition suspensive.*

162. — Le code de procédure civil iranien a fondé le cautionnement dans le cas de saisie conservatoire de l'objet du litige (Tamine-Modaabé) sur l'adjonction de l'obligation. L'article 157 est ainsi conçu : « Il y a deux sortes de cautions : intégrale et sous condition suspensive.

« Si le condamné n'exécute pas le jugement définitif du tribunal, la caution intégrale doit, après la notification du titre exécutoire, payer immédiatement le montant de la somme qu'elle a cautionnée ; mais la caution sans condition suspensive est responsable dans le cas où les biens du condamné ne suffisent pas au paiement de l'objet de la condamnation ou dans le cas où il refuse de payer. »

La rédaction de la première partie de ce texte concernant la caution intégrale laisse à désirer. En effet le deuxième cas de la responsabilité de la caution sous condition suspensive se produit quand le condamné cautionné refuse d'exécuter le jugement. Or ce cas coïncide avec celui de la responsabilité de la caution intégrale. Logiquement il est malaisé d'expliquer la raison qui a obligé le législateur à instituer deux sortes de cautions pour des cas identiques.

Nous croyons que c'est par inadvertance qu'on a énoncé cet article sous cette forme, et que sa portée réelle doit s'entendre de la manière suivante : *la caution conditionnelle n'est responsable que dans le cas où, à la suite du refus du condamné d'exécuter le jugement, ses biens ne suffisent pas pour payer l'objet de la condamnation.*

En tout cas, on se rend bien compte que les deux sortes de cautions prévues dans cet article ne sont obligées envers le créancier qu'à défaut du débiteur, tandis que le cautionnement du droit civil iranien a immédiatement après sa conclusion un effet de substitution.

C. — *Le bénéfice de discussion.*

163. — Le signe distinctif des deux cautions intégrale et sous condition suspensive, c'est que cette dernière n'est obligée envers le créancier qu'à défaut du débiteur dont les biens doivent être préalablement discutés ; tandis que la première a adjoint sa responsabilité au débiteur sans avoir la jouissance du bénéfice de discussion.

Le bénéfice de discussion, qui interdit au créancier de poursuivre la caution avant d'avoir discuté le débiteur, est fondé sur des considérations d'équité. Il est équitable que le créancier s'adresse d'abord à celui qui est le véritable débiteur et constate qu'il est dans l'impossibilité de le payer. D'autre part, le bénéfice de discussion ne cause aucun préjudice au créancier, il importe peu qu'il soit payé par le débiteur ou par la caution.

Le bénéfice de discussion qui existe dans la plupart des législations étrangères est emprunté au droit romain.

Tandis que dans le droit iranien, ce bénéfice est réservé à la caution judiciaire, dans le droit français, en principe, il appartient à toute caution sauf la caution juridique et son certificateur.

Nous préférons la disposition du droit français, qui a privé la caution judiciaire de ce bénéfice. Car le bénéfice de discussion paralyse l'exécution immédiate du jugement. En plus, dans le cautionnement conventionnel, le créancier a la faculté de n'accepter le cautionnement que sous réserve de la renonciation de la part de la caution à cet avantage tandis que dans le cautionnement judiciaire, le créancier ne peut pas débattre ses intérêts et toutes les conséquences inéluctables dont la loi assortit ce cautionnement.

Notons que contrairement au droit civil français, le code civil italien dans l'article 1924 a prévu pour le garant de la caution judiciaire la possibilité de demander le bénéfice de discussion.

164. — De la dernière partie de l'article 157 du code de procédure civile iranien, on doit induire que le créancier ne peut régulièrement agir contre la caution qu'après avoir au préalable discuté le débiteur principal, et que son action peut ne pas être agréée s'il ne justifie pas cette discussion préalable.

Par contre, dans le droit français, conformément à l'article 2022 du code civil, la discussion ne devient obligatoire pour le créancier qu'autant que la caution oppose cette exception.

Nous estimons qu'il n'y a pas lieu à repousser l'action du créancier par une fin de non-recevoir si le débiteur principal est en état de faillite ou d'insolvabilité notoire. En effet, le but équitable du législateur, qui est de faire payer le créancier par le

véritable débiteur, est irréalisable puisque la discussion dans ce cas n'a d'autre effet que de jouer le rôle d'un sursis sous la forme d'une exception dilatoire.

Il n'y a pas lieu non plus de repousser l'action du créancier par une fin de non-recevoir s'il y a confusion entre les qualités de débiteur principal et de caution.

165. — La caution sous condition suspensive est libre de renoncer à opposer le bénéfice de discussion qui est établi en sa faveur ; c'est l'application du droit commun qui ne s'oppose pas à la renonciation d'un droit d'ordre privé.

Cette renonciation doit être régie par les règles du droit commun. En conséquence, elle ne doit pas être présumée ; même si elle est tacite, elle doit être certaine.

La renonciation tacite peut résulter du fait que la caution s'est obligée solidairement avec le débiteur principal. La solidarité a comme conséquence de mettre le créancier à même de poursuivre n'importe lequel des deux débiteurs comme si l'autre n'existait pas.

166. — En matière commerciale, nous estimons qu'il ne faut pas appliquer les règles concernant la caution sous condition suspensive, puisque la loi a gardé le silence. En effet, la bonne marche des affaires commerciales demande une célérité exceptionnelle et le bénéfice de discussion est contraire à cette exigence.

167. — L'exercice du bénéfice de discussion dans le cautionnement sous condition suspensive n'est pas assujéti à des conditions comme en droit français. Le créancier doit, avant d'intenter le pro-

cès contre la caution, justifier la discussion préalable du débiteur principal. La caution n'est pas obligée de la requérir sur les premières poursuites dirigées contre elle. Elle peut opposer ce bénéfice dans n'importe quelle étape du procès, si le créancier a agi contre elle sans discussion préalable. Elle n'est pas non plus obligée d'indiquer au créancier les biens du débiteur principal ; c'est au créancier que revient la justification de la discussion des biens par la communication des pièces de procédure tels que les procès-verbaux de saisie, de vente ou de carence.

•

168. — D'après l'article 132 du code de procédure civil iranien, ne pourront être saisis les biens qui sont exceptés par la loi. Ces exceptions sont énumérées dans l'article 630 du code de procédure.

Nous estimons qu'on ne doit pas saisir les biens litigieux. Car outre que le procès devient infiniment long, il sera trop incertain pour le créancier qui ainsi ne profitera plus de la garantie du cautionnement.

Nous croyons que la discussion des biens donnés en gage qui ne sont plus en la possession du débiteur est nécessaire. En effet, la caution peut n'avoir consenti son cautionnement qu'en perspective de ces biens.

On doit donner la même solution lorsqu'il s'agit d'immeubles simplement possédés par des tiers, si la possession est un pur fait et ne donne pas lieu à procès avec le créancier lorsqu'il discutera ce bien.

Le Code fédéral suisse dans l'article 494 donne la même solution pour tout bien hypothéqué qu'il soit ou non dans la possession du débiteur principal.

169. — Ici se pose une importante question : si le créancier qui a des débiteurs solidaires pour sa créance, poursuit un des débiteurs solidaires en justice, et que le tribunal en cas de saisie conservatoire de l'objet du litige (Tamine-Madaabé) reçoive une caution sous condition suspensive ne garantissant que le débiteur poursuivi, on peut se demander si le créancier doit discuter préalablement les biens de ce débiteur ou aussi ceux des autres débiteurs.

Nous estimons que le créancier n'est pas obligé de discuter les biens des autres débiteurs non poursuivis : en effet, le bénéfice de discussion est établi en faveur de la caution, celle-ci d'après le principe accessoire du contrat de cautionnement ne doit pas plus bénéficier de ce droit que le débiteur qu'elle a cautionné. Or le débiteur solidaire poursuivi ne peut pas opposer l'exception du bénéfice de discussion à propos des autres débiteurs solidaires non poursuivis. Ainsi si le créancier ne discute pas préalablement les biens des autres débiteurs, son action ne devra pas souffrir la fin de non-recevoir.

170. — Si, à la suite de la négligence du créancier dans la discussion des biens du débiteur, l'insolvabilité survient chez celui-ci, le créancier doit être responsable. Car le bénéfice de discussion est institué dans l'intérêt de la caution, et la responsabilité du créancier dans cette hypothèse est une des conditions nécessaires pour que la caution en profite, sinon le créancier peut le priver de cette faveur, par simple retard.

171. — S'il arrive que la caution soit elle-même créancière pour d'autres causes du débiteur qu'elle a cautionné, son droit de créance n'est pas anéanti

ou paralysé par le fait du cautionnement. Le créancier ne peut pas exiger que la caution lui rapporte ce qu'elle a reçu en paiement sur sa propre créance. Le créancier a dans la caution un débiteur accessoire, qui doit payer au cas où le débiteur ne paierait pas. De ce fait, nous déduisons cette première conséquence que dans une poursuite contre le débiteur principal, le créancier garanti et la caution, pour sa créance personnelle, peuvent concourir.

Nous déduisons cette deuxième conséquence que si la caution n'a cautionné qu'une partie de la dette, elle pourra, quand elle a satisfait le créancier, exercer contre le débiteur son droit de recours en même temps que le créancier poursuivra celui-ci dans le but de se faire payer le reste de sa créance.

172. — L'engagement de la caution sous condition suspensive pourrait-il être garanti par un tiers, c'est-à-dire par un certificateur ?

Quoique le code de procédure n'a pas prévu cette question, nous ne voyons pas d'empêchement à l'application de l'article 688 du code civil iranien qui a précisé la possibilité de cautionner l'engagement d'une caution : « Art. 688. On peut se rendre caution de celui qui a cautionné un débiteur ». Seulement nous ajoutons que le certificateur doit pouvoir demander la discussion des biens du débiteur, puisque le caractère accessoire du cautionnement implique ce principe que l'engagement de la caution doit se calquer sur celui d'où il a tiré son origine.

173. — En terminant cette section, signalons que la caution du code de procédure iranien doit être qualifiée de judiciaire. Deux articles prouvent ce caractère.

1°. L'article 135 qui est ainsi conçu : « Si un des moyens de garantie n'est pas suffisant pour assurer l'objet en réclamation du demandeur, on peut exécuter l'ensemble des moyens par rapport au montant de l'objet du litige ». L'article 132 donne l'énumération de différentes espèces de garanties : « Les différentes espèces de garanties concernant l'objet du litige sont : la saisie immobilière des biens du défendeur, la saisie mobilière, la fourniture de caution, et en cas d'impossibilité des espèces susvisées, la fourniture de caution par corps ».

La rédaction de ce dernier article n'est pas heureuse. En effet, l'exécution des différentes espèces de garanties est l'affaire du juge ; donc le législateur doit employer l'expression réception au lieu de fourniture.

2° L'article 152 qui décide : « L'acceptation du cautionnement appartient au tribunal qui a rendu le jugement de garantie ». Cet article précise formellement le caractère judiciaire de la caution.

SECTION III. — *Les effets du cautionnement
entre le créancier et la caution
d'après le code de procédure civil iranien
après la promulgation de la loi
du 26 et du 28 Esfande 1308 (19 mars 1930)
concernant la saisie conservatoire
de l'objet du litige (Tamine-Modaabé)*

174. — Cette loi, en changeant les règles concernant la saisie conservatoire de l'objet du litige (Tamine-Modaabé), a apporté des modifications notables à propos du cautionnement. En supprimant les deux sortes de cautions intégrale et sous condi-

tion suspensive, elle a fondé le cautionnement sur le principe de la transmission. L'article 25, qui est le noyau de la modification du cautionnement-adjonction, est ainsi conçu : « Si le défendeur est condamné par un jugement décisif, la caution qui a garanti l'objet du litige doit satisfaire au paiement de l'objet de la condamnation ». Conformément à cet article, l'obligation du défendeur est transmise à la caution.

La caution ne jouit plus du bénéfice de discussion, puisque ce bénéfice est soutenu par l'adjonction de l'obligation. Avec la transmission et la décharge du débiteur vis-à-vis du créancier, ce bénéfice ne peut avoir d'existence.

175. — Un autre revirement produit par la loi nouvelle, c'est que la caution du code de procédure civile change de caractère et devient conventionnelle. L'article 17 de cette loi décide : « Le défendeur ou la partie qui a succombé peut demander la mutation du bien saisi en un autre bien à condition que le bien qu'il propose de remplacer ne coûte pas moins et n'ait pas moins de facilité à être vendu. Le défendeur ou la partie qui a succombé peut, en fournissant une caution authentique, demander la mainlevée de la saisie. Dans le cas où le bien même, objet du litige ou de condamnation, est saisi, le changement de sûreté ou la fourniture de caution dépend du consentement du défendeur ou de la partie qui a gagné le procès ». En conséquence, d'après la loi nouvelle, les deux moyens essentiels de garantir l'objet du litige sont la saisie mobilière et la saisie immobilière, seulement le défendeur ou la partie qui a perdu le procès peut, avec le consentement du défendeur ou la partie qui a gagné le procès, les remplacer par la caution. Ainsi le caution-

nement judiciaire devient un cautionnement conventionnel, puisque sa réalisation dépend de la volonté concordante des parties du procès.

176. — Avec la loi de Esfande 1308, il semble que le législateur, en unifiant le principe directeur du cautionnement qui était tantôt transmission et tantôt adjonction, a dissipé la perplexité du juge devant l'enchevêtrement de deux principes contradictoires. Malheureusement il n'en est rien et voici la raison :

1° Dans le code de procédure on rencontre l'article 728 qui, en se référant à l'article 727, dispose : « Le débiteur doit donner des sûretés efficaces à propos du versement des termes ; le choix parmi les diverses sortes de sûretés dépend du consentement réciproque des parties. Si à l'échéance, le débiteur ne paie pas le terme stipulé, le créancier a la faculté de demander de nouveau la vente du bien immobilier ou de déduire le montant du terme de l'objet de la sûreté ». L'article 727 est ainsi conçu : « Le propriétaire d'une propriété dont on a rédigé le procès-verbal et le prix de la mise en vente, peut demander au tribunal que la saisie soit suspendue à condition qu'il puisse justifier que le revenu net de la propriété pendant deux années suffit pour le paiement de la dette. La demande de mainlevée sera présentée au tribunal dans le ressort duquel la propriété est située. Il va sans dire que l'expression de *sûretés suffisantes* mentionnée dans l'article 728, conformément à l'article 17 susvisé, réside dans la saisie des biens immobiliers, la saisie des biens mobiliers et la réception de caution.

Supposons que le tribunal, en ordonnant la mainlevée de la saisie, a reçu une caution comme

sûreté. Si le défendeur, à la suite de non-paiement des termes stipulés, réclame de nouveau la vente de la propriété, le juge se trouve devant une difficulté. S'il fonde le cautionnement sur la transmission, la mise en vente de la propriété qui est énoncée formellement par l'article 728 sera lettre morte. S'il ordonne la mise en vente de la propriété, le principe de la transmission du cautionnement est foulé aux pieds, et par suite l'unification prétendue n'est qu'illusoire. Ainsi le juge se trouve devant deux principes antithétiques de transmission et d'adjonction et dont l'application de l'un exclut celle de l'autre.

2° La loi de Esfande 1308, en substituant le cautionnement-transmission au cautionnement-adjonction, parle encore dans l'article 25 de la condamnation du défendeur. Conformément à cet article qui dispose : « Si le défendeur est condamné par un jugement définitif, la caution qui a garanti l'objet du litige doit satisfaire au paiement de l'objet de la condamnation. La réception de l'objet de la condamnation de la part de la caution, après la notification du jugement de condamnation, sera effectuée de la manière de l'exécution des autres jugements », on se rend bien compte que malgré le contrat de cautionnement le défendeur n'est pas déchargé. Or cette décision va à l'encontre du principe posé par l'article 698, d'après lequel après le cautionnement le débiteur est libéré. Avec la garantie de l'objet du litige au moyen de réception de caution, qui peut s'effectuer au commencement du procès, la condamnation ultérieure du débiteur principal va à l'encontre du principe de transmission.

CHAPITRE II

DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT ENTRE LE DÉBITEUR ET LA CAUTION

177. — Dans ce chapitre, la pierre angulaire du sujet est constituée par le droit de recours de la caution contre le débiteur. Ce droit est dans l'ordre naturel des choses, puisque la caution n'est redevable personnellement de rien et puisque, si elle s'oblige, c'est pour favoriser un autre débiteur en garantissant son engagement. Donc, nous avons à examiner les moyens qu'elle a à sa disposition pour exercer ce droit de recours.

SECTION I. — *Du droit de recours de la caution*

178. — Le droit de recours que la caution possède de façon incontestée, c'est l'action personnelle, qu'elle exerce de son propre chef. L'objet de cette action est le remboursement des sommes qu'elle a dépensées.

Pour trouver un fondement juridique à ce droit de recours, il est nécessaire de distinguer entre le cautionnement qui s'est réalisé au su du débiteur et celui qui s'est produit à son insu.

Dans le premier cas, comme en droit romain à propos de *fidepromissio* et de *fidejussio*, on peut dire que la base juridique du droit de recours de la

caution provient de l'action *mandati contraria*, c'est-à-dire d'un mandat accordé par le débiteur à la caution.

Dans le deuxième cas, c'est-à-dire quand la caution a garanti l'engagement du débiteur à son insu, son recours est justifié par une sorte de gestion d'affaires dont l'article 306 du code civil iranien énonce les linéaments. Cet article est ainsi conçu : « Lorsqu'une personne gère les biens de l'absent, de l'interdit ou des personnes semblables, sans l'agrément du propriétaire ou de celui qui a droit de donner son approbation, elle doit rendre compte de sa gestion. Si l'obtention de l'agrément au moment de la gestion était possible, ou si le retard dans l'intervention ne causait pas de préjudice, cette personne ne peut répéter les dépenses qu'elle a faites ; mais si la non-intervention ou le retard dans l'intervention causaient préjudice au propriétaire, le gérant a droit aux dépenses qui ont été nécessaires pour la gestion ».

Mais nous devons signaler qu'on ne peut pas appliquer, en matière du contrat de cautionnement, la distinction que cet article fait entre le cas où l'obtention de l'autorisation était possible et le cas où l'on pouvait s'en passer, puisque conformément à l'article 685 du code civil iranien la formation du contrat de cautionnement ne nécessite pas le consentement du débiteur principal. De ce fait, le résultat pratique de l'action *mandati contraria* et de l'action *contraria negotiorum gestiorum* est le même.

Certains codes étrangers ont fait une distinction entre la caution mandataire et la caution gérant d'affaires. Le code civil du Bas-Canada a fait cette distinction dans les articles 1948 et 1949.

Article 1948 : « La caution qui s'est obligée avec le consentement du débiteur a son recours pour ce qu'elle a payé pour lui, en principal, intérêts et frais, et aussi pour les frais contre la caution, et pour ceux par elle légalement encourus pour et depuis la dénonciation. »

Article 1949 : « La caution qui s'est obligée sans le consentement du débiteur n'a droit, en payant, de recouvrer que ce que ce dernier aurait été tenu de payer si tel cautionnement n'avait pas eu lieu, sauf les frais subséquents à la dénonciation du paiement fait, qui sont à la charge du débiteur.

« Elle a aussi recours pour les dommages auxquels le débiteur aurait été tenu sans ce cautionnement. »

179. — Concernant le droit de recours de la caution, nous allons examiner : 1° le montant du recours ; 2° les conditions du recours ; 3° l'époque du recours.

A. — *Montant du recours.*

180. — Le code civil iranien dans l'article 709 parle du remboursement de la dette et passe sous silence le droit de recours de la caution concernant les frais et les dommages et intérêts. « Article 709 : La caution n'a un droit de recours qu'après le paiement de la dette ».

En ce qui concerne le principal de la créance, l'article 713 traite du cas où la caution a payé une somme moins forte par suite d'une transaction. « Article 713 : Si la caution a payé le créancier pour une somme moindre que le montant de la dette, elle ne peut réclamer plus que ce qu'elle a

donné, même si elle a transigé sur la dette à une somme inférieure ».

Cette disposition équitable est conforme à la nature juridique du contrat de cautionnement qui est un contrat de bienfaisance. La caution intervient pour seconder le débiteur ; moralement elle n'a pas droit de tirer profit de cette institution juridique qui est établie dans l'intérêt du débiteur. Cette raison nous incline à élargir la portée pratique de cet article et à l'appliquer dans d'autres cas que celui de la transaction.

181. — L'article 714 du code civil iranien énonce le cas où la caution a remboursé plus que ne devait le débiteur. « Article 714 : Si la caution donne plus que la dette au créancier, elle n'a pas de recours pour l'excédent sauf quand elle a payé avec le consentement du débiteur ».

Cette disposition se justifie aussi par elle-même. La caution n'a pas le droit, en mésusant de sa situation de fortune souvent opulente, d'alourdir l'obligation du débiteur.

181. — Quant aux frais, le code civil iranien ne contient rien. Ayant situé le fondement du droit du recours de la caution dans le mandat, nous croyons que le moyen légal pour combler cette lacune législative c'est d'appliquer l'article 675 du code civil iranien à propos du mandat qui est ainsi conçu : « Article 675 : Le mandant doit rembourser au mandataire les dépenses que celui-ci a faites pour l'exécutoin du mandat, et doit lui payer ses salaires sauf clause contraire du contrat ».

En outre, on peut appuyer cet article par ceux concernant les dommages et intérêts insérés dans le code de procédure iranien.

Le droit français dans l'article 2028 du code civil a prévu d'une manière précise tous les droits de la caution qui peuvent devenir l'objet du recours direct après paiement. « Article 2028 : La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur.

« Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais ; néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle.

« Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu. »

182. — Que décider au cas de cautionnement pour un débiteur failli qui a obtenu un concordat ?

Ici deux questions se posent : 1° malgré la survenance du concordat, la caution est-elle obligée de payer la totalité de la dette aux créanciers ou seulement le montant des sommes laissées par le concordat au compte du failli ? 2° en cas de persistance de son obligation de remboursement total la caution a-t-elle droit de poursuivre son remboursement intégral en exerçant son droit de recours contre le débiteur principal ?

Quant à la première question, étant donné le caractère de transmission du contrat de cautionnement en droit iranien, il est difficile de dire que la survenance du concordat en faveur du débiteur failli ait une influence sur l'engagement de la caution. En effet, après le cautionnement, la caution devient l'obligé principal et le débiteur failli l'obligé secondaire facultatif ; donc l'engagement de la cau-

tion ne peut pas être logiquement influencé par le concordat dont bénéficie le débiteur.

Quant à la deuxième question, nous sommes obligé de la résoudre négativement. Car le concordat est accordé au débiteur pour le favoriser. Si on suppose recevable la poursuite du débiteur pour la portion de la dette qui excède les sommes arrêtées par le concordat, cela revient à priver le débiteur failli des avantages que le législateur lui a concédés. De ce fait, nous devons constater que la réponse à cette question s'analyse en une perte pour la caution.

B. — *Conditions du recours.*

183. — L'article 709 du code civil iranien donne un recours à la caution qui a remboursé la dette du débiteur. « Article 709 : La caution n'a droit de recours qu'après le paiement de la dette ».

L'article 710 du même code prévoit deux autres faits juridiques qui sont assimilés au paiement. « Article 710 : Si la caution, avec le consentement du créancier, transfère à une autre personne l'obligation de payer la dette, et si cette personne donne son acceptation, cet acte s'interprète comme un paiement de sa part, et lui donne un droit de recours contre le débiteur ; il en est de même du transfert de l'obligation de la caution de la part du créancier en faveur d'un tiers ».

Par voie d'analogie, nous élargissons la portée de cet article et nous disons que tout fait juridique qui ressemble au paiement donne naissance à l'action personnelle au profit de la caution contre le débiteur. Donc si la caution s'est acquittée par d'autres voies telles que compensation, novation, etc.,

elle doit bénéficier de l'action personnelle contre le débiteur.

184. — L'article 719 prévoit deux cas où la caution ne peut pas poursuivre le débiteur en réclamation : 1° quand le créancier décharge la caution ; 2° quand une tierce personne a payé gratuitement la dette du débiteur. « Article 719 : Lorsque le créancier décharge la caution ou lorsqu'un tiers paie gratuitement la dette garantie par la caution, celle-ci n'a pas de droit de recours contre le débiteur ».

L'article 720 du code civil iranien prévoit un autre cas où la caution est privée de son droit de recours, c'est quand elle a cautionné à titre gratuit. « Article 720 : La caution qui a cautionné *animo donandi* n'a pas un droit de recours contre le débiteur principal ».

185. — L'article 711 du code civil iranien prévoit le cas où le débiteur paie le montant de la dette au créancier, alors que cette dette était déjà payée par la caution. « Article 711 : Si la caution paie la dette au créancier et que le débiteur la rembourse de nouveau, la caution n'aura pas droit de recours contre le créancier, et elle devra se retourner contre le débiteur ; celui-ci pourra répéter du créancier ce qu'il a touché ».

D'après cet article, la caution a seulement recours contre le débiteur à l'exclusion du créancier. Ce texte est conforme au principe de transmission du contrat de cautionnement iranien. En effet, le vrai débiteur après la passation du contrat de cautionnement, est la caution. Le lien juridique entre le créancier et le débiteur principal après l'intervention de la caution s'est relâché ; le débiteur prin-

principal est devenu un débiteur secondaire et seule sa foi dans l'observation des règles de la morale peut donner une force coercitive à son ancienne dette envers le créancier. Donc par suite de cette modification apportée par le contrat de cautionnement dans les qualités juridiques du débiteur et de la caution, si celle-ci a payé le créancier, elle a payé sa dette.

On aperçoit ici un autre inconvénient du système de transmission. Le législateur iranien, qui est soucieux de ne pas porter atteinte à l'intangibilité du cautionnement-transmission, a privé la caution du droit de recours contre le créancier et par suite a multiplié le nombre des recours

186. — L'article 711 nous amène à discuter l'hypothèse inverse, c'est-à-dire le cas où la caution a payé la dette, alors que cette dette était déjà payée par le débiteur. Dans cette hypothèse, peut-on accorder un droit de recours à la caution contre le débiteur ?

Pour trancher ce problème, nous distinguons entre le cas où le débiteur n'avait pas informé la caution et le cas où il l'avait informée.

Dans le premier cas, la caution doit avoir un recours contre lui, car le vrai débiteur du créancier est la caution, et dans l'ordre naturel des choses, elle n'a pas à s'enquérir si le débiteur l'a payée ou non. Donc le défaut d'enquête de sa part concernant le remboursement du débiteur ne constitue pas une faute, et elle doit avoir un droit de recours contre le débiteur. C'est le débiteur qui doit supporter les conséquences de sa négligence en ne mettant pas la caution au courant pour lui éviter de payer une dette éteinte.

Dans le deuxième cas, il est tout naturel qu'elle ne doive pas avoir de droit de recours contre le débiteur qui a eu la prudence de l'aviser préalablement.

Que décider dans le cas où la caution était prévenue que le débiteur paierait lui-même le créancier ? La caution avant de rembourser le créancier est-elle obligée de s'enquérir si le débiteur a payé ?

Nous ne croyons pas qu'avec le principe de transmission du contrat de cautionnement, la caution soit obligée de s'enquérir avant de payer.

Le principe de transmission du cautionnement nous amène à tirer cette conséquence importante que la caution qui paie la dette n'a pas d'obligation de prévenir le débiteur. Par contre, en droit français, l'article 2031 du code civil impose cette obligation à la caution. Et même s'il n'y avait pas un texte formel à ce sujet dans le droit français, le principe d'adjonction du cautionnement devrait inspirer la même solution.

Le même principe de transmission de notre cautionnement nous oblige à écarter l'application de la seconde hypothèse de l'article 2031 du droit civil français en droit iranien : « Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui dans le cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte ; sauf son action en répétition contre le créancier ».

187. — Quelle est l'influence du principe de transmission de notre droit en matière de la prescription acquise par la caution ?

Nous croyons que la caution a la pleine liberté d'invoquer la prescription contre le créancier ou de

ne pas l'invoquer, d'autant plus que cette exception n'est pas un moyen de défense honorable. Mais ce principe nous conduit plus loin et nous dirons que la caution n'est pas même obligée de mettre le débiteur en cause, sur la poursuite du créancier, pour savoir s'il veut profiter ou non, puisque le lien d'obligation entre le créancier et le débiteur a disparu et puisqu'il est partie au procès. Par contre, si le créancier actionne le débiteur à l'exclusion de la caution, et si le débiteur n'oppose pas sa décharge envers le créancier conformément à l'article 698 du code civil iranien, le débiteur n'a pas droit de renoncer à la prescription ; il devra mettre la caution en cause pour lui permettre d'invoquer cette prescription. Si le débiteur renonce à la prescription et ne met pas en cause la caution, sa renonciation ne sera pas opposable à la caution. « Article 698 : Après la conclusion valable du cautionnement, le débiteur est libéré de son engagement et la caution devient obligé ».

En droit français, par suite du principe d'adjonction du cautionnement, le bon sens nous incline vers la solution contraire.

188. — Que décider en matière d'autres exceptions que la caution a à sa disposition et dont elle peut se prévaloir ?

Pour donner une solution, il faut distinguer entre les exceptions qui sont personnelles à la caution, les exceptions inhérentes à la dette et enfin les exceptions qui sont personnelles au débiteur.

En ce qui concerne les exceptions personnelles à la caution, notre solution est la même qu'en matière de prescription. Si la caution a omis d'opposer ces exceptions au créancier, elle n'est pas privée de son action en répétition contre le débiteur.

La caution a le droit de ne pas faire valoir les exceptions qui sont personnelles au débiteur principal, puisque le principe de transmission l'a rendue débiteur principal de l'obligation.

Quant aux exceptions qui sont inhérentes à la dette, comme la loi civile iranienne n'a pas coupé tout lien juridique entre le créancier et le débiteur, nous croyons que la caution ne jouit pas de la liberté des cas précédents. Pour ne pas nuire aux droits du débiteur, elle est obligée d'invoquer ces exceptions.

En sus de l'argument précédent, une autre raison nous impose cette solution : en effet les exceptions inhérentes à la dette ont cette propriété commune de détruire l'obligation principale. Or le contrat de cautionnement sert de garantie à l'obligation principale, et si on veut donner tant d'indépendance à ce contrat qu'on le laisse subsister malgré la destruction de l'obligation principale, il sera considéré comme une obligation sans cause.

189. — La dernière condition du droit de recours de la caution, c'est que son paiement soit libératoire. Si elle paie le créancier au moyen de l'argent qui appartenait à autrui, sans l'adhésion de ce dernier, elle ne possède pas le droit de recours contre le débiteur.

C. — *Epoque du recours.*

190. — Conformément à l'article 709 du code civil iranien, le recours peut être exercé seulement après le paiement effectué par la caution. « Article 709 : La caution n'a droit de recours qu'après le paiement de la dette, mais elle bénéficie de ce droit lorsque le débiteur s'est engagé à lui rapporter sa

décharge dans un certain temps et lorsque ce temps est échu ». En effet l'objet de ce droit de recours est d'assurer à la caution le montant intégral de la somme qu'elle a payé au créancier. Si le législateur donnait ce droit à la caution avant le paiement, le recours n'aurait pas d'utilité puisqu'il ne servirait pas à la dédommager, mais plutôt à apporter du désordre dans l'affaire du débiteur.

191. — L'article 715 du code civil iranien va plus loin, et énonce que la caution ne peut pas, en payant la dette avant l'échéance, demander le remboursement contre le débiteur. « Article 715 : Si la dette est à terme et que la caution la paie avant l'échéance, elle ne pourra pas, tant que le terme n'est pas échu, réclamer le paiement au débiteur ».

Si la caution en payant avant l'échéance avait la faculté d'obtenir le remboursement de la somme qu'elle garantissait, elle pourrait nuire aux droits du débiteur en même temps qu'elle enlèverait toute utilité au contrat de cautionnement. En effet, le contrat de cautionnement intervient souvent pour fournir un délai au débiteur dans l'exécution de son obligation ; or l'admission du recours à la caution avant le terme échu va à l'encontre de cette prorogation considérée comme utile au rétablissement pécuniaire du débiteur tombé dans l'embarras.

Peut-être peut-on répondre à cette objection que quelquefois en accélérant l'échéance de la dette, la caution se prémunit contre l'insolvabilité possible du débiteur. Mais nous croyons que l'amélioration de la situation d'une personne en déconfiture est préférable à l'amélioration de la situation de la personne qui est dans l'aisance.

192. — L'article 716 suppose l'inverse de l'article 715. « Article 716 : Si la dette est échue, la caution peut, après le paiement, la réclamer au débiteur, même si le cautionnement a un terme, et si ce terme n'est pas arrivé, sauf le cas où le débiteur a donné son agrément au cautionnement à terme ». D'après cet article, si la dette est échue, la caution peut, après le paiement, demander le remboursement de ce qu'elle a payé, même si le cautionnement a un terme et si ce terme n'est pas échu, sauf le cas où le débiteur a consenti seulement un cautionnement à terme.

Il est intéressant de voir que dans deux cas le code civil iranien a fait dépendre la validité du recours de la caution du consentement du débiteur principal : en premier lieu dans l'article susvisé, puis dans l'article 714.

En dehors de ces deux cas et de celui où l'intervention de la caution a lieu malgré la défense du débiteur, nous croyons que l'agrément du débiteur n'a pas d'influence sur l'exercice du droit de recours de la caution.

193. — L'article 709 du code civil iranien a prévu le cas de recours anticipé. Le dernier alinéa de cet article dispose que la caution a le droit de recours, lorsque le débiteur s'est obligé à lui rapporter sa décharge dans un certain délai et que ce délai est échu. Ici le cautionnement est conditionnel ; la caution n'a consenti à garantir la dette du débiteur qu'à cette condition et si le débiteur ne veut pas exécuter cette condition, la caution est munie du droit de recours.

194. — Le code civil iranien, outre cet article, prévoit dans l'article 712 un autre cas pour le droit de recours de la caution qui n'a pas encore effectué

le paiement. « Article 712 : Si le créancier décède et que la caution lui succède, elle aura un droit de recours contre le débiteur ».

Conformément à cet article, la caution qui succède au créancier non payé garde son droit de recours. En effet, la caution en succédant au créancier change de qualité et devient l'ayant cause du créancier. Par suite de la réunion sur sa tête des deux qualités de créancier et de débiteur, sans le paiement effectué de sa part au créancier, sa dette est éteinte, et de cette manière elle garde son droit de recours contre le débiteur.

195. — De l'article 248 du code de commerce iranien qui dit qu'après le jugement déclaratif de la faillite toutes les obligations à terme deviennent exigibles, on peut déduire un autre cas de recours anticipé de la caution. Mais cette déchéance, pour les raisons signalées au numéro 136, ne rejaillit pas sur la caution.

196. — En dehors des cas susvisés, le code civil iranien ne donne pas droit à la caution de recourir contre le débiteur pour obtenir quitus de son obligation ou au moins s'assurer contre l'inefficacité de son recours postérieur.

Dans la plupart des codes étrangers (français, portugais, celui des obligations de Suisse), la limite des cas du recours anticipé de la caution est plus vaste.

L'article 511 du Code fédéral des obligations de Suisse dispose : « La caution peut exiger des sûretés du débiteur principal :

« 1° Lorsqu'il contrevient aux engagements qu'il a pris envers elle, notamment à l'obligation de la décharger dans un délai donné ;

« 2° Lorsqu'il est en demeure ;

« 3° Lorsque, soit à raison des pertes qu'il a subies dans sa fortune, soit par suite d'une faute par lui commise, la caution court des risques sensiblement plus considérables qu'au moment où elle s'était engagée. »

L'article 2032 du code civil français décide :
« La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée :

« 1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ;

« 2° Lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture ;

« 3° Lorsque le débiteur s'est obligé à lui rapporter sa décharge dans un certain temps ;

« 4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ;

« 5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tuelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé. »

SECTION II. — *La subrogation de l'article 2029 du code civil français est-elle concevable dans le cautionnement du droit iranien ?*

197. — Dans le droit français, il existe entre l'action personnelle et l'action subrogatoire de la caution des différences importantes ; nous en signalons une qui se rapporte au sujet que nous avons l'intention de traiter.

La caractéristique qui détermine avec précision la différence de ces deux espèces d'actions réside en ce que l'action personnelle étant fondée sur l'action *mandati* ou l'action *contraria negotiorum gestiorum*; réclame au moins la non-contradiction du débiteur principal dans l'engagement de la caution ; tandis que l'action subrogatoire est une épée à deux tranchants pour la caution contre un débiteur qui est garanti malgré lui ou avec son consentement.

Le code civil iranien ne contient aucun article concernant la possibilité du recours de la caution contre un débiteur dont la dette est garantie contre son agrément. Nous allons discuter cette question pour voir si la réponse est affirmative ou négative.

M. Adle, dans son manuel de droit civil (1), arrive, par l'application de l'article 267 du code civil iranien, à la solution négative de la question, c'est-à-dire refuse un recours à la caution qui a garanti un débiteur malgré lui. « Article 267 : L'exécution de la prestation, de la part d'une personne autre que le débiteur, est valable, même si cette personne n'a pas obtenu l'agrément du débiteur ; mais celui qui paie la dette d'autrui, s'il a demandé l'agrément du débiteur, a le droit de s'adresser à lui, sinon il n'a pas droit au recours ».

Quant à nous, bien que nous soyons obligé de nous prononcer pour la solution négative, nous ne pouvons pas admettre l'opportunité d'application de l'article 267 en matière de contrat de cautionnement. Et si nous penchons vers l'impossibilité du droit de recours pour la caution, notre opinion est étayée par d'autres arguments que nous allons exposer sommairement.

(1) Droit civil, page 413.

Contrairement à l'opinion de M. Adle, nous croyons que l'application de l'article 267 en cas de cautionnement est inadmissible. En effet, dans cet article, est insérée l'expression : *toutes les fois qu'une personne paie la dette d'autrui...* Or dans le cautionnement après la conclusion du contrat, à la suite de la transmission de la dette, le débiteur est déchargé et la caution est devenue le véritable débiteur ; et si la caution paie la créance du créancier, cette créance est considérée comme sa dette et non pas la dette d'autrui.

Ainsi nous arrivons à cette conclusion que le code civil iranien ne peut pas nous éclairer sur la décision à prendre. C'est à la lumière d'autres principes que nous devons nous frayer la voie et voici comment :

Au début de ce chapitre, nous avons essayé de trouver un fondement juridique pour l'action personnelle de la caution contre le débiteur, et à notre avis ce fondement réside dans l'action *mandati* ou l'action *contraria negotiorum gestiorum*. Les conditions d'application de ces deux fondements dans l'action personnelle sont pour le premier l'autorisation du débiteur, et pour le second l'absence d'opposition de sa part. Or notre hypothèse est celle où la caution est intervenue malgré le débiteur. Donc nous sommes obligé de trouver un autre fondement pour cette action. Ne pouvant pas la baser sur d'autres fondement tel que la société, nous sommes obligé de recourir à un fondement qui n'exige pas l'absence d'opposition de la part du débiteur, c'est-à-dire à un fondement qui nous permette de poursuivre le débiteur malgré son opposition ; et il semble que c'est la subrogation qui doit être ce dernier moyen pour nous tirer d'embarras. Or l'admission de l'action subrogatoire en matière de cau-

tionnement iranien nous conduit à adopter une hérésie juridique et voici comment :

Dans le cautionnement iranien, nous avons signalé à maintes reprises qu'il y a transmission de dette, et que la caution est substituée au débiteur. Dans la rigueur du principe, le débiteur qui a donné une caution est libéré de toutes les obligations qu'il a vis-à-vis du créancier, et si le créancier avait obtenu de sa part des sûretés, comme le nantissement, pour garantir sa créance, ces sûretés devraient disparaître. Et si malgré cette décharge légale, le créancier ne donne pas son consentement à se priver des sûretés qu'il avait procurées en raison de sa créance, le débiteur devrait être considéré comme un étranger qui donne un de ses biens au créancier pour l'assurer dans le cas où il ne serait pas payé de la part de la caution. Ainsi, bien que le débiteur soit déchargé et que la caution soit devenue le seul débiteur de l'obligation, il est irrationnel de concevoir qu'elle a la possibilité de se faire subroger au créancier dans les droits incertains que ce dernier a contre l'ancien débiteur. Si on adopte cette solution, cela revient à dire qu'un débiteur en payant sa dette a droit de se faire subroger au créancier pour acquérir un droit sur les biens d'une tierce personne qui ne doit rien. C'est pour éviter d'être conduit à cette solution irrationnelle que nous rejetons l'action subrogatoire en matière de cautionnement, et que par voie de conséquence nous dénisons la possibilité du droit de recours à la caution en cas de défense d'intervention de la part du débiteur.

Outre cette entrave juridique, la tradition des juristes musulmans n'a pas admis de droit de recours pour la caution qui a garanti la dette malgré le débiteur. C'est ce qui est énoncé par Mohaghegh

dans son livre de Charayé : « quiconque s'est rendu caution sans l'agrément du débiteur, ne peut pas recourir contre lui, pour la répétition du paiement effectif, et lors même qu'il aurait consenti au paiement » (2).

198. — Dans l'hypothèse où la caution s'est obligée en faveur du débiteur principal sans que ce dernier en ait eu connaissance, M. Adle, par application de l'article 267 (3) du code civil iranien, tire cette conclusion que la caution ne bénéficie pas du droit de recours (4). Nous ne partageons pas cette opinion pour les raisons suivantes :

1° Comme nous l'avons déjà signalé, l'article 267 est inapplicable en matière de cautionnement.

2° Cet article, qui a servi d'argument décisif aux yeux de M. Adle, nie seulement la possibilité du recours pour le cas où une tierce personne a payé la dette d'autrui sans son agrément. En effet, la conjonction *sinon* insérée dans cet article prévoit l'hypothèse « *sans agrément* » qui s'oppose à l'hypothèse « *avec agrément* ». L'hypothèse *sans connaissance* ne rentre pas dans le cas prévu par cet article.

Ainsi même si nous supposons que l'article 267 du code civil iranien est applicable au cas du cautionnement, cet article ne nous sert pas d'argument

(2) Querry, T. I, page 476.

(3) Article 267 : « L'exécution de la prestation, de la part d'une personne autre que le débiteur, est valable, même si cette personne n'a pas obtenu l'agrément du débiteur ; mais celui qui paie la dette d'autrui, s'il a demandé l'agrément du débiteur, a le droit de s'adresser à lui, sinon il n'a pas droit au recours. »

(4) Droit civil, page 413.

pour rejeter le droit de recours de la caution quand elle a garanti la dette du débiteur sans que celui-ci en ait eu connaissance.

A l'opposé du cas où un cautionnement est intervenu contre le gré du débiteur, nous admettons pour le cas où l'intervention de la caution s'est produite à l'insu du débiteur, mais cependant sans opposition de sa part et seulement quand le paiement de la dette a été nécessaire, la possibilité du recours. La raison qui nous a poussé à distinguer ce cas de celui du cautionnement contre le gré du débiteur, c'est qu'ici nous pouvons fonder l'action personnelle sur l'action *contraria negotiorum gestiorum* dont le rudiment est tracé par l'article 306 du code civil iranien. « Article 306 : Lorsqu'une personne gère les biens de l'absent, de l'interdit ou des personnes semblables sans l'agrément du propriétaire ou de celui qui a droit de donner son approbation, elle doit rendre compte de sa gestion. Si l'acquisition de l'agrément au moment de la gestion était possible ou si le retard dans l'intervention ne causait pas de préjudice, elle ne peut répéter les dépenses qu'elle a faites ; mais si la non-intervention ou le retard dans l'intervention causaient préjudice au propriétaire, le gérant a droit aux dépenses qui ont été nécessaires pour la gestion ». Par contre, dans l'hypothèse du cautionnement intervenu contre le gré du débiteur, comme nous en avons donné le motif, nous ne pouvons pas baser le droit de recours de la caution sur un fondement juridique.

L'absence de subrogation dans le contrat de cautionnement iranien dépouille ce contrat d'un de ses attraits caractéristiques. En effet, la caution n'est pas le débiteur réel ; elle n'est intervenue que pour secourir le débiteur dans sa situation pénible. Donc les principes d'équité commandent que les sù-

retés qui garantissent la créance du créancier se conservent au profit de la caution, et en vue du recours éventuel qu'elle exercera contre le débiteur. La jouissance de la caution de l'action de *mandat* ou de l'action de *gestion d'affaire* ne comble pas cette lacune. Car ces actions ne sont pas accompagnées des garanties que la subrogation dans les droits du créancier peut comporter.

CHAPITRE III

DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT ENTRE LES CAUTIONS

SECTION I. — *Pluralité de cautions*

199. — L'article 721 du code civil iranien dispose ainsi : « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné, chacune pour sa part et portion, un même débiteur pour une même dette, le créancier a un droit de recours contre chacune pour sa part et portion. Si une des cautions paye la totalité de la dette, elle aura un droit de recours contre chacune des cautions, qui a donné son approbation, pour sa part ».

Remarquons que cet article a prévu l'hypothèse de plusieurs cautions qui ont limité leur garantie à leur part virile.

L'hypothèse inverse, c'est-à-dire l'existence de plusieurs cautions ayant garanti chacune toute la dette, est-elle possible ?

Pour résoudre logiquement la question, nous sommes obligé de distinguer entre les cautions qui sont intervenues pour garantir la dette du débiteur principal ou pour se garantir réciproquement. Et dans chacun de ces deux cas, nous devons tenir compte de la circonstance que les cautions sont intervenues ensemble ou successivement.

200. — Quand les cautions ont garanti ensemble la dette du débiteur principal et que le créancier a accepté leur cautionnement, à notre avis, la garantie accordée par chaque caution est valide ; et cette sorte de cautionnement a la forme d'une obligation solidaire. Le code civil iranien n'a pas prévu cette hypothèse, mais il a prévu le cas où le créancier a consenti seulement l'engagement d'une caution.

L'article 689 concernant cette hypothèse déclare valable l'engagement de la caution auquel le créancier a donné son consentement. « Article 689 : Si plusieurs personnes se portent cautions pour une même personne, le cautionnement de la caution que le créancier accepte est valable ».

De cet article nous pouvons tirer cette conséquence que quand le créancier a accepté le cautionnement de toutes les cautions, elles sont toutes engagées vis-à-vis du créancier. En effet, si les rédacteurs du code civil iranien avaient voulu invalider la fourniture des cautionnements de toutes les cautions à l'exception d'une seule, ils auraient dû rédiger cet article de la manière suivante : *si plusieurs personnes se portent cautions d'une personne, le cautionnement de celle que le créancier a accepté est valable*. Les mots *chaque*, *chacun* marquent le singulier comme un, mais indiquent en outre que ce qui est dit de l'être ou de l'objet dont *chaque* ou *chacun* déterminent le nom, est vrai de tous les êtres ou objets de la même espèce, placés dans les mêmes conditions. *Chaque candidat a posé sa candidature* équivaut à tous les candidats ont posé leurs candidatures. *Chaque* ajoute à l'idée d'unité une valeur de répartition ou de distribution. Par contre *celui (celle)* n'a pas cette extension et si on veut étendre le jugement qu'on porte sur un objet

ou sur un être à tous les êtres ou à tous les objets dont *celui* détermine le nom, on doit employer son pluriel *ceux* (*celles*). Ainsi on arrive à cette conclusion : puisque le législateur a employé le mot *chacun*, et que ce mot marque la pluralité tirée de l'idée de répartition, on peut étendre la teneur de l'article 68g au cas où il y a une pluralité de cautions.

201. — Quand les cautions interviennent successivement, de sorte qu'après que le contrat de cautionnement est conclu entre le créancier et une ou plusieurs cautions, une ou plusieurs autres cautions se présentent pour garantir la dette du débiteur. Ici l'intervention des causes ultérieures est sans effet par suite d'absence de cause. En effet, après la passation du contrat de cautionnement entre le créancier et la première ou les premières cautions, le débiteur principal est déchargé et le cautionnement des cautions ultérieures n'aura pas de cause.

On peut objecter que si le cautionnement dans le droit civil iranien est basé sur la transmission de l'obligation, cette transmission n'a pas comme conséquence de couper court à toutes relations juridiques entre le créancier et le débiteur. La raison probante qui justifie ce point de vue est que dans l'article 707, même après la passation du contrat de cautionnement, les rédacteurs parlent encore de la décharge du débiteur principal de la part du créancier. S'ils avaient l'intention de tirer de la transmission toutes ses conséquences logiques, juridiquement ils ne devraient pas employer l'expression de décharge, puisque avec la transmission de l'obligation la caution se substitue à la place du débiteur. Cette expression démontre que malgré la transmis-

sion de l'obligation, on a encore la possibilité de parler du droit de créance du créancier vis-à-vis du débiteur principal.

En conséquence, l'engagement des cautions successives, postérieur à l'engagement d'une première caution, n'est pas sans cause. La trace du droit de créance du créancier contre le débiteur principal, que les rédacteurs du code civil iranien n'ont pas voulu éliminer avec la transmission, suffit pour que les cautions greffent sur elle leurs engagements.

On peut répondre à cette objection que le caractère principal du contrat de cautionnement est la transmission de l'obligation, et que tant que le législateur n'a pas lui-même adouci la rigueur de ce principe par des dérogations implicites ou explicites, on ne doit pas en écarter l'application. Or comme, dans notre hypothèse, on ne trouve pas de texte qui admette explicitement ou implicitement la validité du cautionnement solidaire successif, et que d'un autre côté, la solution affirmative contre-carre la transmission-obligation, on doit en rejeter la validité.

202. — Le cas où les cautions sont intervenues ensemble ou successivement et ont garanti leur engagement réciproquement, est semblable quant à la validité du contrat au cas de l'intervention de plusieurs cautions qui ont garanti ensemble la dette du débiteur principal ; mais au point de vue du droit du recours des cautions contre le débiteur principal, il en diffère. Nous expliquerons plus loin le mécanisme du droit du recours de ces sortes de cautions contre le débiteur principal (voir N° 211).

SECTION II. — *Recours en cas de paiement*

203. — Conformément à l'article 721, la dette dans les rapports des cautions entre elles (ainsi que dans les rapports du créancier et des cautions) se divise de plein droit, et lorsqu'une des cautions a payé toute la dette, la possibilité de son droit de recours contre les autres cautions est conditionnée à l'obtention de leur approbation. « Article 721 : Lorsque plusieurs personnes ont cautionné, chacune pour sa part et portion, un même débiteur pour une même dette, le créancier a un droit de recours contre chacune pour sa part et portion. Si une des cautions paie la totalité de la dette, elle aura un droit de recours contre chacune des cautions, qui a donné son approbation, pour sa part ».

En comparant cet article avec l'article 2033 du code civil français : « Article 2033 : Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion », on se rend compte que le droit du recours de la caution du droit français n'est pas subordonné à l'approbation des autres cautions. C'est le résultat de la subrogation, qui s'opère à son profit, dans les droits du créancier.

Nous estimons que dans l'hypothèse où il existe plusieurs cautions non solidaires d'un même débiteur, la caution qui paie la totalité de la dette peut en droit iranien se subroger par voie de subrogation conventionnelle dans les droits du créancier, puisque la transmission de l'obligation du débiteur principal ne s'est réalisée que pour sa part et portion virile. Ainsi elle ne se heurte pas à l'entrave que nous avons signalée au numéro 197.

204. — Si le créancier décharge une des cautions de l'article 721, quelle est l'influence de cette décharge sur l'engagement des autres cautions ?

Dans le cas où toutes les cautions ont garanti la dette du débiteur principal, nous croyons que les cautions non déchargées doivent bénéficier proportionnellement par l'intermédiaire du débiteur principal de la somme totale dont le débiteur principal est déchargé. En effet, après la décharge de la caution libérée, le débiteur principal, conformément à l'article 718, est libéré ; et la décharge de celui-ci doit entraîner la décharge proportionnelle des autres cautions ; sinon le cautionnement de ces dernières, pour le montant de la somme que le débiteur principal est libéré, sera sans cause.

On peut objecter que cette solution va à l'encontre du principe de transmission du cautionnement du droit iranien sur lequel nous avons basé la plupart de nos solutions et de nos explications. En réalité, après le cautionnement, le débiteur primitif devient étranger et logiquement il ne doit pas être placé sur le même plan que les personnes qui bénéficient de la décharge du créancier afin que les autres cautions qui sont exclues du bénéfice de la décharge puissent en profiter indirectement par son intermédiaire.

Nous reconnaissons l'exactitude de cette objection, mais nous répondons que la faute incombe au législateur qui, en créant un système hybride, a provoqué cette incohérence. En effet, conformément à l'article 718 du code civil iranien, toutes les fois que la caution bénéficie d'une décharge de la part du créancier, cette opération a un contre-coup immédiat sur l'ancienne obligation du débiteur primitif. Le législateur ne s'est pas contenté de cet article,

il l'a corroboré au moyen de l'article 719, sous un nouvel aspect, en supprimant le droit de recours de la caution en cas de décharge. Ainsi la répercussion de la décharge de la caution libérée sur le débiteur principal doit faire bénéficier les autres cautions. « Art. 718 : Si le créancier acquitte la caution de la dette, celle-ci et le débiteur deviennent libérés conjointement ». « Article 719 : Lorsque le créancier décharge la caution ou lorsqu'un tiers paie gratuitement la dette garantie par la caution, celle-ci n'a pas droit de recours contre le débiteur ».

On peut faire encore l'objection suivante : conformément à l'article 707, la décharge du débiteur n'a pas d'influence sur l'obligation de la caution. Donc si le débiteur bénéficie de la décharge de la caution, celle-ci ne peut pas en profiter par son intermédiaire ; de ce fait, les autres cautions non déchargées ne peuvent pas jouir proportionnellement du montant de la somme dont le débiteur principal est libéré. « Article 707 : Si le créancier donne décharge au débiteur, la caution n'est pas libérée sauf s'il s'agit de la remise même de la dette ».

On peut répondre que la non-influence de la décharge du débiteur sur la caution est prévue seulement pour le cas où cette décharge est accordée dans un but subjectif. Par contre, quand elle est donnée dans un but objectif, elle décharge la caution. Le but du cautionnement est de garantir une dette et quand la dette tombe dans le néant par suite de sa remise, le cautionnement devient sans cause et doit aussi disparaître. La dernière partie de l'article 707 renforce notre opinion.

En abordant l'article 707, nous appelons l'attention de nos lecteurs sur une autre brèche, faite par les rédacteurs du code civil iranien, au principe de la transmission. Après la transmission de l'obli-

gation, logiquement on n'est pas fondé de parler de la remise de la dette du débiteur par le créancier ; car le cautionnement libère le débiteur, et lui substitue la caution.

En terminant cette question, signalons que les cautions non déchargées n'ont pas de recours contre la caution que le créancier décharge, car celle-ci ne s'est pas engagée vis-à-vis des cautions non bénéficiaires de la décharge ; elle a seulement garanti la dette du débiteur principal. En revanche, cette décharge donne un droit aux cautions non déchargées vis-à-vis du créancier qui par un fait actif a diminué ses sûretés. Nous arrivons ainsi à ce résultat pratique que dans notre hypothèse les portions des cautions non déchargées doivent se réduire proportionnellement au montant de la décharge dont jouit le débiteur principal conformément à l'article 718 du code civil iranien.

A. — *Nature du recours et garanties qui y sont attachées.*

205. — Puisque l'article 721 a fait dépendre l'action donnée à la caution qui a payé toute la dette, de l'agrément des autres cautions, nous en déduisons que c'est là une action personnelle et qui a son fondement dans l'action *mandati*.

Si le paiement de la dette fait par la caution a été nécessaire, nous croyons qu'elle a encore le droit de recours contre les cautions dont elle n'a pas acquis l'agrément antérieurement. Le fondement de cette action personnelle se trouvera dans l'action *contraria negotiorum gestiorum*.

Dans le cas même où le paiement de la dette fait par une caution a été nécessaire mais a été fait malgré les autres cautions, nous croyons qu'on peut

concéder un droit de recours à la caution payante. Dans cette hypothèse, comme nous ne rencontrons pas l'anomalie juridique dont nous avons parlé au numéro 197, nous basons ce droit de recours sur l'action subrogatoire. Mais l'action subrogatoire dont il s'agit ici doit tirer son origine d'une subrogation conventionnelle puisque le chapitre du cautionnement du code civil iranien est muet en matière de subrogation légale. Ainsi, pour pouvoir bénéficier de l'action subrogatoire, la caution qui a payé la dette doit se faire céder, comme le fait un cessionnaire de créance, les droits du créancier contre les autres cautions. Il eût été préférable que le législateur prévoie cette hypothèse et accorde *ipso jure* cette action à la caution qui avait payé toute la dette.

Il va sans dire que la caution qui agit contre les autres cautions peut de même se faire céder les garanties que le créancier a acquis en sûreté de sa créance de la part des autres cautions.

206. — Si parmi les cautions de l'article 721 l'une devient insolvable au moment où la caution qui a payé exerce son recours, cette insolvabilité ne se réfléchit pas sur les autres puisque les cautions prévues par cet article ne sont obligées qu'au prorata de leur part virile. Ainsi, c'est le créancier qui doit supporter l'insolvabilité de la caution devenue insolvable et non pas les autres cautions.

B. — Conditions du recours.

207. — Conformément à l'article 721 du code civil iranien, le recours de la caution est subordonné : 1° au fait d'avoir payé ; 2° au fait d'avoir obtenu l'approbation des autres cautions. Nous

ajoutons une troisième condition dont la nécessité, même sans mention de la part du législateur, est évidente : il faut encore que la caution ait valablement payé, de manière à libérer les autres cautions. S'il appert, par exemple, que la caution a payé le créancier au moyen du prix de la vente de la chose d'autrui sans le consentement du propriétaire, il est évident que la caution payante n'a pas géré l'affaire des autres cautions et que ce paiement ne les libère pas.

208. — Il est utile de signaler que, concernant l'action personnelle fondée sur la gestion d'affaires et l'action subrogatoire, le droit du recours de la caution payante n'est pas subordonné à la deuxième condition, c'est-à-dire au fait d'avoir obtenu l'approbation des autres cautions. Car la gestion d'affaires et la subrogation sont deux expédients juridiques pour les cas où l'intervention d'une tierce personne s'est réalisée sans l'approbation du bénéficiaire ou contre son approbation.

209. — Conformément au principe général inséré dans l'article 1257 du code civil iranien, la preuve du paiement et de l'obtention de l'approbation incombe à la caution qui prétend avoir payé. « Article 1257 : Quiconque se prétend un droit doit le prouver ; et le défendeur qui en cas de défense allègue un fait qui nécessite d'être prouvé, doit faire la preuve de ce fait ».

D'après les articles 1306 et 1307, la preuve par témoins est interdite jusqu'à 500 rials (1), à moins qu'il n'y ait une autre preuve dont la preuve par témoins ne soit qu'une confirmation.

(1) Unité monétaire iranienne.

SECTION III. — *Recours en cas de faute*

210. — Si la caution qui a obtenu l'approbation des autres cautions dans le paiement ne paie pas tout de suite mais paie à un moment où elle a la faculté d'invoquer la prescription, jouit-elle, malgré la survenance de cette circonstance, du droit de recours ?

Il ne nous le semble pas. Quoique la prescription ne soit pas un moyen honorable de défense, la loi a donné la faculté au bénéficiaire de l'invoquer pour éteindre son obligation. Nous croyons que la caution qui paye ainsi avait l'obligation de demander, de nouveau, l'approbation des autres cautions pour s'assurer qu'elles renoncent à invoquer la prescription ; et si la caution a négligé d'obtenir cet agrément et s'est contentée de leur première approbation intervenue à un moment où les autres cautions n'avaient pas le droit d'invoquer la prescription, elle a compromis leur droit et est responsable de sa faute. Sans doute, s'il était possible de fonder l'action de la caution qui a payé sur une société entre cautions, peut-être aurait-elle une excuse ; mais il n'y a dans notre hypothèse ni intérêt commun, ni apport, ni recherche de bénéfice ; donc le défaut d'obtention d'approbation après la survenance de la possibilité d'invoquer la prescription constitue une faute de la part de la caution et par conséquent la prive de son droit de recours contre les autres cautions pour répéter leurs parts viriles.

SECTION IV. — *Recours du certificateur de caution*

211. — Conformément à l'article 722, l'engagement de la caution peut être lui-même garanti par un tiers qui s'appelle le certificateur de caution. « Article 722 : Le certificateur de caution n'a pas droit de recours contre le débiteur principal ; il doit s'adresser à son débiteur ; ainsi chaque caution recourt à son débiteur jusqu'à ce qu'on arrive au débiteur principal ».

En cas de recours, le certificateur de la caution, qui a remboursé l'engagement cautionné de la caution, doit s'adresser à sa caution, et celle-ci au débiteur principal. La poursuite directe du débiteur par l'action en réclamation du certificateur n'a pas de fondement juridique plausible. En effet, le certificateur a cautionné seulement l'obligation de la caution qui à la suite de transmission a acquis une vie juridique quasi-indépendante. La faible interdépendance entre l'obligation de la caution et l'ancienne obligation du débiteur n'est pas suffisante pour y asseoir le droit de recours direct du certificateur.

TROISIÈME PARTIE

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

212. — Nous examinerons, dans cette troisième partie, les points suivants :

GÉNÉRALITÉS. — La comparaison du cautionnement-transmission et du cautionnement-adjonction. — Le principe directeur dans l'extinction du cautionnement.

SECTION I. — Le Paiement. — L'arrivée et la prorogation du terme.

SECTION II. — La résolution et la nullité de l'engagement.

SECTION III. — La remise de la dette.

SECTION IV. — La novation.

SECTION V. — La compensation.

SECTION VI. — La confusion.

SECTION VII. — Le serment. — La chose jugée. — La transaction.

SECTION VIII. — La prescription de l'obligation cautionnée.

SECTION IX. — La perte de la chose due.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

GÉNÉRALITÉS. — *La comparaison
du cautionnement-transmission
et du cautionnement-adjonction au point de vue
de leur extinction.*

*Le principe directeur dans l'extinction
du cautionnement*

213. — Avant d'entrer dans le sujet, il est nécessaire de commencer par une analyse du contrat de cautionnement basé sur la transmission de l'obligation, et de celui basé sur l'adjonction de l'obligation.

Quand on considère le cautionnement comme basé sur le principe d'adjonction de l'obligation, on remarque au point de vue du contrat deux obligations, l'une principale qui est celle du débiteur et l'autre accessoire qui est celle de la caution ; du point de vue de la personne obligée on voit aussi deux obligés, l'un le débiteur qui est l'obligé principal et l'autre la caution qui est l'obligé accessoire.

Ainsi si on veut étudier l'extinction d'une telle obligation on peut l'envisager sous deux aspects, c'est-à-dire d'une part du point de vue de l'obligation du débiteur et d'autre part du point de vue de l'obligation de la caution.

Par contre, dans le cautionnement défini par le principe de transmission, il n'y a qu'un obligé qui est la caution. Donc, si on veut examiner l'extinction d'un tel cautionnement, il suffit de l'examiner sous un seul aspect, c'est-à-dire la voie d'extinction

de l'obligation de la caution. En effet, le débiteur principal par le fait du cautionnement est déchargé et la caution lui est substituée,

Malheureusement le législateur du code civil iranien n'a pas voulu unifier les principes directeurs de notre contrat de cautionnement. Bien qu'il ait fait du principe de transmission la règle directrice du cautionnement, il parle encore, dans l'article 707 du code civil iranien, de la décharge du débiteur par suite de la remise faite de la part du créancier, postérieurement au contrat de cautionnement. Logiquement parlant, après le cautionnement, tout lien est rompu, par rapport au créancier, entre l'obligation de la caution et l'ancienne obligation du débiteur.

Mais ces cas d'anomalie, c'est-à-dire de persistance des vestiges de l'ancienne obligation du débiteur par rapport au créancier, ne sont pas nombreux, et pour cela nous ne voyons pas une grande utilité à subdiviser nos explications à propos de l'extinction du cautionnement sous les deux rubriques de l'extinction *par voie principale*, c'est-à-dire par voie d'extinction de l'obligation du débiteur, et de l'extinction *par voie de conséquence*, c'est-à-dire par voie d'extinction de l'obligation cautionnée.

214. — Le code civil iranien ne contient pas une section spéciale pour l'extinction du cautionnement. Le législateur en prévoit sommairement les cas qui sont disséminés dans les différentes sections du contrat de cautionnement. Ainsi nous sommes obligé de résoudre la plupart des problèmes concernant l'extinction du cautionnement d'après les principes généraux et par voie d'analogie.

215. — Pour déterminer les éléments d'une règle directrice dans l'extinction du cautionnement, nous croyons utile de suivre l'article 2034 du code civil français et dire : « L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations ». Or la manière dont s'éteignent les obligations en général est mentionnée dans l'article 264 du code civil iranien qui dispose : Les obligations s'éteignent : 1° par l'exécution de la prestation promise ; 2° par la résiliation à l'amiable ; 3° par la remise volontaire ; 4° par la novation ; 5° par la compensation ; 6° par la confusion.

En limitant nos explications à ce sujet, à ce qui est spécial à l'extinction du cautionnement, nous allons les décrire sommairement tout en prenant soin de suppléer les lacunes de notre code.

SECTION I. — *Le paiement* *L'arrivée et la prorogation du terme*

216. — Le paiement est le mode normal d'extinction des obligations. A l'encontre des autres modes d'extinction qui doivent avoir la caution comme partie pour être efficaces, le paiement effectué soit de la part de la caution, soit de la part du débiteur principal, soit de la part d'une tierce personne éteint l'obligation. Le paiement effectué de la part du débiteur principal, conformément à l'article 717 du code civil iranien, est extinctif de l'obligation, même s'il s'est exécuté sans l'agrément de la caution. « Article 717 : Si le débiteur paie la dette, la caution est libérée quoique celle-ci n'a pas acquiescé au remboursement de sa part »,

Nous croyons que le paiement de la part du débiteur, même accompli sans l'agrément de la caution, annihile le droit de recours de celle-ci. Etant donné que l'article 719 du code civil iranien a privé la caution du droit de recours quand la créance est payée gratuitement par une tierce personne, à plus forte raison, on doit adopter la même solution si le débiteur, qui moralement doit payer le créancier, a remboursé sa dette. « Article 719 : Lorsque le créancier décharge la caution, ou lorsqu'un tiers paie gratuitement la dette garantie par la caution, celle-ci n'a pas de droit de recours contre le débiteur ».

L'article 710 du code civil iranien assimile deux autres faits juridiques au paiement. « Article 710 : Si la caution, avec le consentement du créancier, transfère à une autre personne l'obligation de payer la dette, et si cette personne donne son acceptation, cet acte est considéré comme un paiement de sa part, et lui donne un droit de recours contre le débiteur ; il en est de même du transfert de l'obligation de la caution de la part du créancier en faveur d'un tiers ».

217. — En droit français, à cause de l'aspect d'adjonction du cautionnement, le débiteur ne peut pas, à l'aide du paiement avec subrogation, agir contre la caution ; car il est obligé de garantir la caution contre l'action du créancier.

En droit iranien, par suite de l'aspect de transmission du cautionnement, le débiteur peut-il par un paiement avant l'échéance se faire subroger au créancier et profiter ainsi des sûretés que le créancier avait acquis de la part de la caution pour la sûreté de sa créance ?

Nous ne voyons pas d'obstacle juridique à une

solution affirmative : en effet, d'après l'article 715 du code civil iranien, la caution qui paie la créance du créancier avant le terme ne peut se prévaloir de son droit de recours qu'au moment de l'échéance du terme. « Article 715 : Si la dette est à terme et que la caution la paie avant l'échéance, elle ne pourra, tant que le terme n'est pas échu, réclamer le paiement au débiteur ». Or cette solution démontre que la caution ne pourra pas contrecarrer la subrogation du débiteur au créancier, par voie de compensation de son droit de recours virtuel. Car d'après l'article 266 du code civil iranien, une des conditions de la compensation est que les deux obligations soient l'une et l'autre exigibles.

Nous arrivons ainsi à cette conclusion curieuse qu'en droit iranien, à l'opposé du droit français, la subrogation du débiteur primitif au créancier pour exercer les droits de celui-ci contre la caution est possible. Par contre, ainsi que nous l'avons examiné au numéro 197, la subrogation de la caution au créancier pour exercer les droits de celui-ci contre le débiteur primitif est irrationnelle.

218. — Si le créancier, malgré le cautionnement, garde les biens que le débiteur principal avait donné en garantie de sa dette et les fait vendre ultérieurement jusqu'à concurrence de sa créance, la caution est-elle déchargée ?

Pour résoudre la question, il faut distinguer : si la vente s'est réalisée avec le consentement du débiteur principal, cette vente tient lieu de paiement et peut être considérée comme une des applications de l'article 717 : « Si le débiteur paie la dette, la caution est libérée quoique celle-ci n'a pas acquiescé au remboursement de sa part ».

Par contre, si la vente s'est effectuée sans l'agré-

ment du débiteur primitif, étant donné qu'après le cautionnement il est déchargé envers le créancier, le débiteur peut se faire rembourser du prix de la vente ou annuler la vente ; par voie de conséquence l'obligation de la caution n'est pas éteinte.

219. — Si le débiteur ou la caution donnent en paiement au créancier une chose autre que celle qui lui était due, ce paiement est-il libératoire ?

Le chapitre du cautionnement du code civil iranien n'a pas prévu ce problème ; mais conformément à l'article 275 du code civil iranien, nous croyons que si le créancier accepte volontairement cette dation en paiement, il n'y a pas d'obstacle juridique à la validité de cette sorte d'extinction. « Article 275 : On ne peut obliger le créancier à accepter une chose autre que celle qui fait l'objet de la prestation promise, même si cette chose a une valeur égale ou supérieure à l'objet de la prestation ».

Dans le droit français, l'article 2038 du code civil décide que la caution est déchargée, même si le créancier est ensuite évincé de la chose qui est l'objet de la dation en paiement. « Article 2038 : L'acceptation volontaire que le créancier a fait d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé ».

220. — Que décider si l'objet de la dation en paiement donné de la part de la caution a une valeur moindre que l'objet primitif du paiement ?

En se basant sur l'article 713, nous croyons que la caution n'aura de recours contre le débiteur que pour la chose dont la valeur est moindre. La tradition musulmane était aussi dans ce sens : « Si le créancier a consenti à accepter de la caution une

chose quelconque autre que celle qui lui est due, et à titre de décharge de l'obligation, la caution n'a recours contre le débiteur que pour la chose dont la valeur est moindre » (1),

221. — Si le créancier intente une action contre le débiteur principal et que celui-ci, n'invoquant pas l'exception résultant de l'article 968 qui formule sa décharge, se laisse condamner, et si par suite de sa condamnation, le créancier a été forcé de recevoir en paiement une chose autre que celle qui lui était due, cette dation en paiement éteint-elle le cautionnement ?

Il semble que la réponse doive être affirmative. En effet, après la transmission de l'obligation, le créancier n'est pas fondé dans son action en répétition contre le débiteur. Donc si, à la suite de la poursuite déclenchée contre le débiteur, le créancier est obligé de recevoir en paiement une chose autre que celle qui lui était due, cela doit être à ses risques et périls. En outre, son initiative dans la poursuite du débiteur à la place de la caution est une présomption qu'il n'était pas contraint, quand il a reçu en paiement une chose autre que celle qui lui était due.

222. — Que faut-il décider au cas de l'arrivée et de la prorogation du terme ?

On ne trouve pas dans le code civil iranien de texte qui indique exactement le droit de recours de la caution en raison de l'échéance du terme ou de sa prorogation. Le dernier paragraphe de l'article 709 dispose seulement que quand le débiteur principal s'est engagé à procurer la décharge de la cau-

(1) Query, T. I, page 479.

tion dans un délai déterminé et que ce délai est échu, la caution a droit de recours. « Article 709 : La caution n'a droit de recours qu'après le paiement de la dette, mais elle bénéficie de ce droit lorsque le débiteur s'est engagé à lui rapporter sa décharge dans un certain temps et lorsque ce temps est échu ».

D'autre part, le dernier paragraphe de l'article 701 donne le droit de résilier le contrat de cautionnement au créancier ou à la caution (ce qui signifie pour la caution sa décharge) si les parties manquent à l'exécution des clauses de ce contrat. « Article 701 : le cautionnement est un contrat nécessaire et la caution ou le créancier ne peuvent pas le résoudre sauf en cas d'insolvabilité de la caution conformément à l'article 690 ou s'il y a un droit de résiliation en vertu de l'obligation cautionnée, ou enfin en cas d'inexécution des clauses du contrat de cautionnement. »

223. — Quant à la prorogation, nous croyons que même si la décharge de la caution ne fait pas l'objet d'une clause spéciale, la caution est en droit de résilier le contrat de cautionnement. En effet l'article 685 du code civil iranien énonce que dans le cautionnement le consentement du débiteur principal n'est pas nécessaire, ce qui veut dire que le concours des consentements de la caution et du créancier est indispensable pour la validité du contrat. Or, la concession de délai, faite par le créancier au débiteur principal, est dépourvue de ce concours et n'est pas opposable à la caution.

224. — Nous croyons qu'avec le système de l'article 701 du code civil iranien, la situation de la caution du droit iranien est privilégiée par

rapport à celle de la caution du droit français. L'article 2039 du code civil français dispose que : « La simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement ». Ainsi devant la disposition de l'article 2039, la caution est à la merci du créancier qui peut accorder au débiteur une prorogation du terme. Son seul soulagement sera son droit de discuter les biens du débiteur, ce qui nécessite parfois des frais considérables.

La plupart des législations étrangères proclament que la caution est libérée après le terme fixé. Tels sont le code civil Espagnol (article 1889) et le code civil Portugais (article 852).

Certains codes étrangers pour prévenir la prorogation tacite ont déterminé un délai après lequel la caution est déchargée, tels sont le code civil Italien et le code fédéral des obligations de Suisse.

SECTION II. — *La résolution et la nullité de l'engagement*

225. — L'article 701 du code civil iranien prévoit trois cas pour la résiliation du contrat de cautionnement : a) quand au moment de la conclusion du contrat le créancier ignorait l'insolvabilité du débiteur ;

b) S'il y a un droit de résiliation pour l'obligation cautionnée ;

c) Quand on a manqué à l'exécution des clauses du contrat de cautionnement. « Article 701 : Le cautionnement est un contrat nécessaire et la caution ou le créancier ne peuvent pas le résoudre sauf en cas d'insolvabilité de la caution conformément à

l'article 690, ou s'il y a un droit de résiliation en vertu de l'obligation cautionnée, ou enfin en cas d'inexécution des clauses du contrat de cautionnement ».

Nous avons déjà examiné le premier cas de cet article, et pour éviter la répétition nous renvoyons au n° 139.

Quant au deuxième cas, quoique le législateur n'y fasse pas allusion, nous croyons qu'à ses yeux la faculté d'exercer le droit de résiliation conformément à l'obligation cautionnée apparaît comme une exception inhérente à la dette, puisque malgré le cautionnement et la substitution de la caution au débiteur la dette ne s'est pas évanouie.

Comme le législateur a omis de prévoir le cas de nullité de l'engagement cautionné, en élargissant le motif de l'élaboration de ce deuxième cas, nous tirons cette conséquence qu'en cas de nullité de l'engagement primitif, le contrat de cautionnement doit être, a fortiori, sujet à résiliation. En effet, la nullité de l'engagement principal quant aux effets destructeurs du lien d'obligation mérite plus d'attention que le droit de résiliation qui a un caractère plus atténué.

Le 3° cas de l'article 701 n'est qu'un autre aspect du droit de résiliation, avec cette différence que le 2° cas concerne l'obligation cautionnée, dont le cautionnement n'est que l'accessoire, tandis que le 3° cas concerne le contrat de cautionnement indépendamment de l'obligation cautionnée.

Le deuxième cas de cet article est renforcé par l'article 696 du code civil iranien qui affirme la possibilité de cautionner toute obligation même si elle est résoluble par une condition résolutoire. « Article

696 : Toute dette peut être cautionnée même si elle contient une condition résolutoire ».

En essayant de trouver une nuance entre ces deux articles pour décharger le législateur du reproche d'élaborer des textes superflus, nous dirons que dans l'article 701 le législateur indique le sort du cautionnement fourni pour une obligation renfermant une condition résolutoire et dans l'article 696 il précise la possibilité de l'existence du cautionnement qui garantit une telle obligation.

226. — Le code civil dans l'article 708 a prévu le cas où la décharge de la caution dépend du sort de l'obligation cautionnée. « Article 708 : celui qui cautionne la garantie que doit le vendeur, est déchargé en cas de résolution de la vente par la résiliation à l'amiable ou par l'exercice du droit d'option ». Cet article se réfère à l'article 697 qui est ainsi conçu : « Est permis le cautionnement fourni pour la garantie que le vendeur doit à l'acquéreur ou la garantie que l'acquéreur doit au vendeur, dans le cas où il apparaît que la chose vendue ou le prix de la vente appartiennent à un autre que le vendeur ».

Conformément à ce dernier article la caution peut intervenir pour s'engager à payer des dommages-intérêts au vendeur ou à l'acheteur en cas d'éviction exercée par un tiers qui est le véritable ayant-droit. Et la caution est responsable, si le vendeur ou l'acheteur sont évincés. Mais l'article 708 décharge la caution qui a cautionné la garantie du vendeur, quand le contrat de vente est résolu par suite de la renonciation réciproque des deux parties ou par l'exercice des différents droits d'option de l'article 396 du code civil iranien. « Article 396 : Les différents « droits d'option » sont : 1° le droit

d'option séance tenante, 2° le droit d'option à l'occasion de la vente d'un animal, 3° le droit d'option en vertu d'une clause expresse du contrat, 4° le droit d'option pour retard dans le paiement du prix, 5° le droit d'option pour la non-conformité de la chose vendue à la description faite, 6° le droit d'option pour cause de lésion, 7° le droit d'option pour cause de vice caché, 8° le droit d'option pour cause de dol, 9° le droit d'option pour cause de « la décomposition du contrat » (2).

Ainsi nous rencontrons un deuxième cas (le premier était le paiement fait de la part du débiteur principal) pour le contrat de cautionnement dont l'extinction se réalise non pas par suite du contrat de cautionnement mais par suite de l'obligation cautionnée.

En terminant ce sujet, signalons que bien que le législateur ait admis et la validité du cautionnement fourni pour la garantie que doit le vendeur et la validité du cautionnement fourni pour la garantie que doit l'acquéreur, il a réservé, conformément à l'article 708 du code civil iranien, la décharge de la caution seulement pour le cas où elle a garanti le vendeur. Nous croyons que l'exclusion de la caution qui a garanti l'acquéreur, de la décharge, n'a d'autre motif qu'une simple omission.

SECTION III. — *La remise de la dette*

227. — En matière de cautionnement, la remise de dette fait l'objet du texte de l'art. 718 qui étend au débiteur primitif la décharge de la caution à la suite de la remise de dette faite par le créancier.

(2) Traduction Abdoh.

« Article 718 : si le créancier acquitte la caution de la dette, celle-ci et le débiteur sont libérés conjointement ».

L'article 719 qui prévoit deux cas où la caution ne peut pas poursuivre le débiteur en réclamation est ainsi conçu : « Lorsque le créancier décharge la caution ou lorsqu'un tiers paie gratuitement la dette garantie par la caution, celle-ci n'a pas de droit de recours contre le débiteur ».

M. Adle dans son livre de droit civil a critiqué l'élaboration des deux articles 718 et 719 et déclare que la décharge de la caution dans les deux cas est le résultat d'un même acte juridique. Ainsi il arrive à cette conclusion qu'on peut les combiner dans un article et dire « Si le créancier acquitte la caution de la dette, ou si un tiers paie gratuitement la dette, le débiteur et la caution sont libérés et celle-ci n'a pas droit de recours contre le débiteur (3).

Telle n'est pas notre opinion. Dans l'article 718, il s'agit d'une décharge qui est le résultat de la remise de la dette ; le créancier libère son débiteur de sa dette. Logiquement parlant, c'est à la suite d'une cause objective libératoire que la caution s'est acquittée.

Par contre dans l'article 719 il ne s'agit pas de la remise de la dette mais seulement de la décharge de la caution. Le créancier n'a pas l'intention d'agir *animo donandi*, il est déterminé par l'intérêt de la caution déchargée ; il veut la libérer de son engagement. Ici c'est une idée subjective qui a poussé le créancier à décharger la caution ; il veut concéder une faveur à la caution. Le cas d'application de cet article se pose quand il y a plusieurs cautions soli-

(3) Droit civil, page 415.

daïres. Si le créancier veut favoriser seulement une des cautions et la libérer du lien de son obligation, il est naturel qu'il n'entende pas faire remise même de la dette. Il veut décharger une des cautions en même temps qu'il garde son droit de recours contre les autres cautions. Le législateur dans cet article a entendu prévoir une telle situation et édicter explicitement que la caution déchargée ne pourra pas recourir contre le débiteur. En effet la caution peut croire que le paiement et la décharge étant dans le rapport de moyen à but, elle aura conformément à l'article 709 un droit de recours contre le débiteur. Pour couper court à une telle supposition l'article 719 affirme l'absence du droit du recours de la caution.

Dans le droit français, la remise de la dette fait l'objet de l'article 1287 qui déclare : « La remise en décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions ;

Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal ;

Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres ».

Dans le cautionnement-adjonction du droit français on doit différencier la remise concordataire de la remise de dette proprement dite. Dans le premier cas, le créancier souvent n'a pas adhéré librement à la remise de dette ; il peut arriver qu'il y ait été déterminé sous la pression du vote de la majorité des créanciers, tandis que dans le second cas le créancier agit *animo donandi*. C'est dans cette seconde hypothèse que la remise accordée au débiteur principal libère la caution.

Par contre dans le cautionnement-transmission du droit iranien, cette discrimination n'a pas un grand intérêt puisque conformément à l'article 707,

si le créancier donne décharge au débiteur, la caution n'est pas libérée sauf s'il s'agit de la remise même de la dette.

228. — Le créancier peut-il accorder la remise de la dette sous cette condition que le débiteur ne pourra pas l'opposer en cas de recours de caution contre lui ?

La réponse selon nous ne peut pas être affirmative, car les rédacteurs du code civil iranien dans le texte 718 ont étudié symétriquement la remise de la dette et la décharge du débiteur ; la décharge de la caution à la suite de la remise de la dette engendre celle du débiteur.

En dehors de cet argument de texte, après la transmission de l'obligation le créancier n'a plus de droit envers le débiteur primitif ; donc il n'est pas rationnel qu'il ait la faculté, en déchargeant la caution qui est son véritable débiteur, de priver le débiteur principal du bénéfice de la décharge dont le législateur a fait le pendant nécessaire à celle de la caution, à la suite de remise de la dette.

SECTION IV. — *La novation*

229.— Conformément à l'article 264 du code civil iranien, l'un des modes d'extinction des obligations est la novation. Ainsi le cautionnement doit s'éteindre si l'obligation de la caution est novée.

Le dernier alinéa de l'article 710 prévoit le cas où le créancier indique une autre personne qui doit recevoir pour lui, la somme due par la caution. Dans ce cas aussi la cession tient lieu de paiement. Ce dernier alinéa de l'article 710 est ainsi conçu :

« Il en est de même du transfert de l'obligation de la caution de la part du créancier en faveur d'un tiers ».

230. — Quelle qualification juridique peut-on donner à l'hypothèse du dernier alinéa de l'article 710 ? Est-ce une cession de créance ou une novation ?

D'une part on peut nier l'appellation de cession de créance. Car en droit iranien, conformément à l'article 726 du code civil iranien, le transport-cession suppose nécessairement que le cédant soit débiteur vis-à-vis du cessionnaire. Or le dernier alinéa de l'article 710 est muet et n'indique pas si la personne substituée au créancier pour recevoir la somme due par la caution est créancière vis-à-vis de lui ou non. En outre, il ne parle plus de l'acceptation de la caution de s'acquitter au nouveau créancier substitué à l'ancien. En effet, cette deuxième condition c'est-à-dire l'acceptation du débiteur est une autre condition pour qu'il y ait transport-cession.

Par contre en donnant l'appellation juridique de novation, nous ne nous heurtons pas à ces entraves. Car en droit iranien, le législateur en cas de novation par changement de débiteur n'exige pas le consentement de celui-ci.

De plus la réalisation de la novation par changement de créancier, ne dépend pas de l'existence de l'obligation de la part de l'ancien créancier vis-à-vis du nouveau.

En sens inverse on peut dire que puisque le législateur dans l'article 710 a employé le mot *cession*, on doit présumer l'existence des deux conditions sus-visées qui sont nécessaires pour la formation et l'efficacité de la cession de créance.

Nous inclinons pour cette dernière solution.

En écartant la dénomination de novation, quel est le résultat pratique qu'on peut tirer de l'appellation de cession de créance ?

Conformément à l'article 293 du code civil iranien les garanties de la première créance peuvent, par une clause expresse, se passer à la nouvelle créance, c'est ce qui est inconcevable dans la cession de dette puisque le législateur a déclaré expressément qu' « après la réalisation de la cession des dettes le cédant est déchargé de l'obligation, et le cessionnaire devient engagé ».

SECTION V. — *La compensation*

231. — Le chapitre du contrat de cautionnement du code civil iranien ne renferme rien en cette matière. En invoquant l'alinéa 5 de l'article 264 du code civil iranien, le débiteur principal quand il est poursuivi par le créancier peut, outre l'article 698, opposer la compensation de ce que la caution lui doit.

Par contre, conformément à l'article 297, la caution ne peut pas invoquer la compensation de ce que le créancier doit, après le contrat de cautionnement, au débiteur. « Article 297 : Si après le cautionnement le créancier devient débiteur du débiteur principal, cela n'entraîne pas la décharge de la caution ». Car après la conclusion du contrat de cautionnement, il n'y a pas de lien juridique obligatoire entre le débiteur et le créancier concernant l'obligation cautionnée. En effet une des conditions essentielles de la compensation est que « les deux obligations doivent être entre les mêmes personnes ».

En comparant le cautionnement-transmission du droit iranien avec le cautionnement-adjonction du droit français, on arrive à des solutions antinomiques : en effet, en droit français « lorsque la caution devient en son propre nom créancière du débiteur, il s'opère, en sa faveur, une compensation qui la libère, mais qui ne peut être invoquée par le débiteur si c'est lui qui est poursuivi le premier : lui permettre d'opposer la compensation du chef de la caution serait lui donner le moyen de forcer la caution à faire l'avance des fonds, la compensation étant l'équivalent d'un paiement » (4).

D'autre part, la caution du droit français peut emprunter au débiteur principal contre le créancier l'exception de compensation.

SECTION VI. — *La confusion*

232. — En matière de confusion, il faut distinguer entre :

1° La confusion qui s'opère par la succession du créancier à la caution ou réciproquement. Ici la confusion est moins un mode d'extinction qu'une impossibilité d'exécution. Donc dans le rapport entre le débiteur et la caution, le droit de celle-ci existe. C'est ce qui est décidé par l'art. 712 « si le créancier décède et la caution lui succède, elle aura un droit de recours contre le débiteur »,

2° La confusion qui s'opère par la succession du débiteur au créancier. Ici, dans la rigueur du principe, nous ne pouvons pas parler de la confusion, puisque la confusion « est la réunion sur la même

(4) Traité pratique de droit civil français, par Planiol-Ripert, T. XI, page 911.

tête, relativement à une même obligation, des deux qualités de créancier et de débiteur ». Or, dans cette dernière hypothèse, en vertu du principe de transmission du cautionnement il y a deux obligations et deux débiteurs : l'engagement de la caution envers le créancier décédé dont le débiteur est héritier d'une part, et l'obligation du débiteur envers la caution qui doit être dédommée de la garantie qu'elle a fournie d'autre part.

Ainsi, s'il est possible pour chacune des parties, la caution ou le débiteur principal, de réclamer l'extinction de leurs obligations réciproques c'est par voie de compensation qui évite un double paiement et simplifie les rapports du débiteur et de la caution.

En comparant la solution de notre deuxième hypothèse avec celle qu'on est obligé de donner en droit français dans le cas semblable, on remarque une différence intéressante. En effet, en droit français, en vertu du principe d'adjonction du cautionnement lorsque le créancier succède au débiteur principal ou réciproquement, ce fait donne lieu à confusion et libère la caution. Par contre en droit iranien la solution du problème implique compensation et c'est par cette voie que le cautionnement s'éteint.

SECTION VII. — *Le serment. — La chose jugée. — La transaction*

233. — Le code civil iranien ne contient rien sur l'influence du serment dans l'extinction du cautionnement.

La loi romaine adoptait ce principe que le serment tient lieu de paiement.

En prenant le serment comme le paiement suppléant, pouvons-nous appliquer l'article 717 du code civil iranien et dire que le serment prêté par le débiteur principal libère la caution ?

La solution paraît difficile et sans un texte formel, la réponse affirmative semble hasardeuse. Car, après la transmission de la dette du débiteur principal à la caution, le lien juridique obligatoire qui unissait le créancier avec son ancien débiteur est résolu, et par conséquent sans un texte semblable à l'article 718 du code civil iranien qui donne effet au paiement fait de la part du débiteur sur l'acquittement de la caution, la solution affirmative du problème paraît ouvrir une brèche indéniable au principe de transmission qui est le critérium directeur dans le cautionnement iranien.

Mais en envisageant le problème d'un autre point de vue, nous pourrions dire que le serment prêté par le débiteur peut être considéré comme une exception inhérente à la dette et a pour effet de détruire l'obligation primitive. Et, puisque auparavant nous avons posé ce principe que la caution peut invoquer toutes les exceptions qui sont inhérentes à la dette, nous préférons incliner vers cette solution à savoir que la prestation du serment de la part du débiteur principal a une influence libératoire sur l'engagement de la caution.

216. — Que décider dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire du serment prêté par la caution ? Tendra-t-il lieu de paiement et par conséquent la caution a-t-elle droit d'exercer son droit de recours contre le débiteur principal ?

Bien que le droit romain ait adopté cette règle que le serment tient lieu de paiement, nous ne sommes pas partisan de son application en matière du

droit de recours de la caution. En effet, les rédacteurs du code civil iranien dans l'article 709, ont affirmé d'une manière expresse l'interdépendance entre le paiement et le droit de recours de la caution ; et c'est dans de rares cas qu'ils ont apporté des exceptions ou plutôt des atténuations à cette règle. Pour cette raison, nous ne croyons pas avoir la liberté juridique d'appliquer la règle du droit romain qui a pour conséquence le déclenchement du droit de recours de la caution. De plus le serment prêté par la caution peut avoir une étroite connexité avec l'invalidité de l'obligation cautionnée. Sous l'égide de quel principe d'équité pouvons-nous déclarer que quand le droit du créancier est ébranlé dans son fondement à la suite de serment, le débiteur est obligé de payer la caution pour une somme qu'elle n'a pas payée et que le débiteur ne doit pas dans la réalité des choses.

234. — Nous croyons que la caution peut invoquer la chose jugée avec le débiteur ou la transaction intervenue avec lui, si elle les trouve avantageux. Par contre le débiteur en cas de recours de la caution ne peut opposer ces faits, puisque celle-ci ne lui a pas donné mandat de la représenter en justice, ou de transiger pour elle.

SECTION VIII. — *La prescription de l'obligation cautionnée*

235. — Le code civil iranien ne contient rien en cette matière et nous sommes obligé de résoudre la question en nous appuyant sur les principes généraux du cautionnement.

Pour élucider cette question, nous l'envisageons sous trois angles.

1° La caution peut-elle opposer la prescription de la dette du débiteur alors même que son engagement n'était exigible qu'après la prescription de l'obligation du débiteur principal ?

Nous ne croyons pas. Car à la suite du changement du débiteur, il y a dans une certaine mesure transmutation de l'obligation, ce qui prouve que l'obligation nouvelle jouit d'une vie propre et est distincte de la première. Le chapitre du cautionnement contient de nombreux articles qui prouvent cette indépendance de l'engagement de la caution, tels que les articles 685, 692, 693, 702, 703, 706. Ajoutons que cette indépendance est limitée par les exceptions inhérentes à la dette qui résultent de la nature même du contrat de cautionnement, sans considération de la personne du débiteur

Outre l'argument précité, la prescription, comme nous l'avons déjà signalé, n'est pas un moyen honorable de défense ; les principes d'équité et de justice commandent de l'écarter quand on a des moyens légaux à sa disposition.

2° L'hypothèse inverse, c'est-à-dire le cas où la prescription est interrompue contre la caution sans l'être contre le débiteur principal, est inconcevable en droit iranien, puisque après la passation du contrat de cautionnement le débiteur est libéré de son obligation vis-à-vis du créancier.

3° La troisième hypothèse, c'est que le débiteur et la caution peuvent opposer la prescription, chacun de son propre chef. Dans cette hypothèse, pour les raisons que nous avons données au numéro 187, la caution a la pleine liberté d'invoquer contre le créancier ou de ne pas invoquer la prescription.

SECTION IX. — *La perte de la chose due*

236. — Le code civil ne fait plus d'allusion au sort du contrat de cautionnement quand la chose due vient à périr. Mais en matière d'exécution de la prestation promise et dans d'autres cas, le code civil contient des articles qui précisent l'irresponsabilité du débiteur en cas de perte fortuite de la chose. « Article 278 : Si la dette a pour objet un corps certain, sa remise en l'état où elle se trouve lors de la livraison libère le débiteur même si des détériorations y sont survenues, pourvu qu'elles ne viennent pas de sa faute (abus du droit ou négligence), sauf les cas prévus explicitement dans cette loi. Mais si le débiteur a retardé la remise de la chose réclamée, il est responsable de toute détérioration même si elle n'est pas survenue à la suite de sa faute ».

Nous pouvons dégager de cet article cette conclusion que la perte fortuite de la chose due libère la caution, et que par suite de cette libération elle n'aura plus de recours contre le débiteur principal.

Par contre, par application de ce même article, nous pouvons dire que la perte de la chose due par la faute de la caution ne la libère pas. En outre la caution perd son droit de recours contre le débiteur principal.

CONCLUSION

237. — Réduites à l'essentiel pour ne pas déborder le cadre du sujet, nos explications dans les différents chapitres de cet ouvrage montrent suffisamment le mécanisme du contrat de cautionnement en droit iranien. Animé par l'esprit de libre recherche, nous avons essayé de nous soustraire aux idées préconçues ; et de cette manière nous avons pu comparer le système cautionnement-transmission et le système cautionnement-adjonction dans leurs rouages les plus fouillés.

Nous avons démontré que si le cautionnement iranien et le cautionnement du droit européen se rapprochent par leur caractère commun de bienfaisance et d'accessoire, ils divergent par *les emblèmes* de transmission et d'adjonction. Ainsi, en vertu de cette différence intrinsèque, les solutions juridiques de ces deux institutions sont souvent antinomiques. L'exposition probante des différents problèmes du cautionnement du droit iranien nous a obligé à invoquer souvent le principe directeur de transmission. C'est dans des cas exceptionnels que nous sommes arrivé à nous en libérer.

En faisant la pesée et la balance des avantages et des inconvénients des deux systèmes, nous avons prouvé d'une manière évidente que les rédacteurs du code civil iranien n'auraient pas dû calquer aveuglément notre système sur le système suranné des juristes shyites dont les circonstances actuelles ne justifient pas la persistance. C'est en conséquence de l'absence chez eux du sentiment de l'inopportu-

nité du système shyite qu'ils ont provoqué des anomalies juridiques, que nous allons énumérer sommairement d'après une vue d'ensemble et synthétique.

1° En se cantonnant dans le cercle de cautionnement-transmission, ces juristes ont dénaturé la nature juridique de cette institution de sûreté. Ils ont oublié que toute la réglementation du chapitre du contrat de cautionnement doit dériver de cette idée directrice qu'il est une sûreté. En effet de l'ensemble du code civil iranien on dégager cette notion que le cautionnement y est jugé comme une garantie octroyée au créancier contre les risques d'insolvabilité du débiteur. L'argument qui donne un relief puissant à ce point de vue, c'est l'établissement du droit du recours de la caution contre le débiteur et l'élaboration des articles basés sur le caractère accessoire de ce contrat. Donc, malgré cette considération, l'adoption du cautionnement-transmission va à l'encontre de ce but. Le cautionnement-transmission place le créancier à peu près dans la même situation qu'auparavant. Le créancier se voit en présence d'un seul débiteur et devant des risques d'insolvabilité. Logiquement il n'y a pas cautionnement, sauf si l'obligation assumée par la caution l'est à titre accessoire. Or le système de transmission porte une atteinte flagrante à ce caractère.

Cet inconvénient du cautionnement-transmission a aussi sa répercussion sur l'état d'esprit de la caution. Se rendant compte de l'interversion de titre qui est le fruit de la transmission, elle ne consent pas facilement à secourir un débiteur qui est dans une situation pénible.

2° En adoptant le système de cautionnement-transmission, les juristes iraniens ont dû rejeter le bénéfice de discussion qui est fondé sur des considérations d'équité. On ne sait pour quelle raison les rédacteurs du code civil ne se sont pas souciés de prendre en considération l'intérêt de la caution, qui souvent sous l'impulsion bienfaisante de sentiments humanitaires a procédé au cautionnement. Par l'absence de ce bénéfice, la caution sera obligée de payer une dette qui n'est pas la sienne, même si la situation pénible du débiteur a cessé de persister. N'est-il pas équitable qu'on lui donne un moyen juridique qui la mette à même de repousser l'action du créancier quand le débiteur n'est pas dans l'impossibilité de payer (voir numéro 149) ?

3° La notion de transmission, si adulée par les rédacteurs du code civil iranien, les a amenés à méconnaître la subrogation de la caution aux droits du créancier, qui est d'une utilité pratique féconde (voir numéro 197).

Les pays qui ont adopté le système de cautionnement-adjonction se servent de cet instrument juridique pour subroger la caution dans les droits que la créance du créancier peut comporter, tels que privilège, hypothèque, action en résolution, compétence du tribunal de Commerce, titre exécutoire, etc. Malheureusement le système de cautionnement-transmission dépouille la caution de certaines de ces faveurs.

Non seulement le cautionnement-transmission empêche la caution de profiter de la subrogation, mais inversement il rend possible la subrogation du débiteur primitif au créancier conformément à l'analyse juridique que nous avons faite au numéro

217. On se rend bien compte de la prolifération exubérante d'anomalies qu'entraîne le cautionnement-transmission !

4° C'est encore en conséquence de la notion de transmission que la caution du droit iranien ne peut pas invoquer la compensation de ce que le créancier doit, après le contrat de cautionnement, au débiteur. Le contrat de cautionnement iranien ne bénéficie pas des avantages de cette institution juridique qui évite un double paiement et simplifie ainsi les rapports du débiteur et du créancier (voir numéro 231).

5° Enfin c'est la notion de transmission qui a obligé les rédacteurs du code civil iranien, dans le cas où le débiteur paie le montant de la dette au créancier, alors que cette dette était déjà payée par la caution, de multiplier le nombre des recours (voir numéro 185).

6° Le dernier et le point principal de notre appréciation critique, c'est que les juristes iraniens se sont opposés à l'idée généralement admise par le peuple iranien qui incline à l'adjonction. S'ils avaient basé le cautionnement proprement dit sur le principe d'adjonction qui concorde avec la conception populaire, et avaient fait du cautionnement-transmission une floraison adventice du cautionnement-adjonction, nous n'aurions rien à redire ; même nous serions fondé à les louer.

Car, de cette manière, ils auraient prévu toutes les hypothèses de l'horizon juridique de cette institution de bienfaisance. Dans ce cas, le cautionnement-transmission aurait servi d'instrument aux gens doués de générosité. Malheureusement, par

leur snobisme juridique pour le système shyite, ces juristes se sont rendus coupables d'inertie intellectuelle.

Loin de dédaigner ou de mépriser leurs efforts touchant la codification accélérée du droit civil iranien, nous regrettons leurs tâtonnements et leur esprit timoré dans l'adaptation des lois à la réalité vivante sociale et plus particulièrement dans la matière du contrat de cautionnement.

Vu : *Le Doyen,*

G. RIPERT.

Vu : *Le Président,*

H. SOLUS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

G. ROUSSY.

A N N E X E

TRADUCTION DU CHAPITRE DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT DU CODE CIVIL IRANIEN

238. — NOTA. — Pour ne pas dénaturer la conception réelle du législateur iranien dans la rédaction du chapitre de cautionnement, nous nous sommes efforcé autant que possible de le traduire textuellement.

CHAPITRE XIV DU CAUTIONNEMENT CONTRACTUEL

SECTION PREMIÈRE

Dispositions générales

ARTICLE 684. — « Le contrat de cautionnement consiste en ce qu'une personne s'oblige à payer la chose qu'une autre personne doit.

« Celui qui s'engage s'appelle caution, l'autre partie s'appelle créancier et la tierce personne s'appelle Mazmoun-anh ou débiteur principal. »

ARTICLE 685. — « Le contrat de cautionnement n'est pas subordonné au consentement du débiteur principal. »

ARTICLE 686. — « La caution doit avoir la capacité de contracter. »

ARTICLE 687. — « Le cautionnement fourni pour l'interdit ou la personne défunte est valable. »

ARTICLE 688. — « On peut se rendre caution de celui qui a cautionné un débiteur. »

ARTICLE 689. — « Si plusieurs personnes se portent cautions pour une même personne, le cautionnement de la caution que le créancier accepte est valable. »

ARTICLE 690. — « Il n'est pas nécessaire que la caution possède des biens. Cependant si le créancier ignorait au moment de la conclusion du contrat que la caution ne présente pas des garanties de fortunes, il a un droit de résiliation ; mais si l'insolvabilité est survenue après le cautionnement, il ne bénéficie pas du droit de résiliation. »

ARTICLE 691. — « Le cautionnement d'une dette dont la cause n'existe pas encore est nul. »

ARTICLE 692. — « La caution peut indiquer un terme pour une dette présente ; elle peut aussi s'engager au paiement immédiat d'une dette à terme. »

ARTICLE 693. — « Dans le contrat de cautionnement, le créancier peut demander de la caution que sa créance soit garantie par le nantissement, quoique l'obligation principale ne présente pas cette garantie. »

ARTICLE 694. — « Il n'est pas nécessaire que la caution en s'engageant ait connaissance de la quantité, des qualités et des conditions de l'obligation qu'elle garantit ; en conséquence si quelqu'un se rend caution de la dette d'une personne sans en savoir le montant, le cautionnement est valable ; mais le cautionnement incertain d'une obligation parmi plusieurs est nul. »

ARTICLE 695. — « Il n'est pas nécessaire que le créancier ou le débiteur connaisse parfaitement la caution. »

ARTICLE 696. — « Toute dette peut être cautionnée même si elle contient une condition résolutoire. »

ARTICLE 697. — « Est permis le cautionnement fourni pour la garantie que le vendeur doit à l'acquéreur ou la garantie que l'acquéreur doit au vendeur, dans le cas où il apparaît que la chose vendue ou le prix de la vente appartiennent à un autre que le vendeur. »

SECTION II

De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution

ARTICLE 698. — « Après la conclusion valable du cautionnement, le débiteur est libéré de son engagement, et la caution devient l'obligé. »

ARTICLE 699. — « La condition suspensive dans le cautionnement, tel que si le débiteur ne paie pas, je me rends caution, est nulle ; mais l'engagement de payer peut être soumis à une condition suspensive. »

ARTICLE 700. — « La condition suspensive qui subordonne le cautionnement aux conditions de sa validité tels que : si le débiteur est redevable, je me rends caution, n'est pas une cause de nullité. »

ARTICLE 701. — « Le cautionnement est un contrat nécessaire et la caution ou le créancier ne

peuvent pas le résoudre sauf en cas d'insolvabilité de la caution conformément à l'article 690, ou s'il y a un droit de résiliation en vertu de l'obligation cautionnée ou enfin en cas d'inexécution des clauses du contrat de cautionnement. »

ARTICLE 702. — « Si le cautionnement est à terme, le créancier ne peut pas réclamer sa créance avant l'échéance du terme, quoique la dette soit exigible. »

ARTICLE 703. — « Dans le cautionnement présent le créancier a le droit de réclamer sa créance quoique l'obligation primitive soit à terme. »

ARTICLE 704. — « Le cautionnement pur et simple est présumé exigible sauf quand le contexte démontre qu'il est à terme. »

ARTICLE 705. — « Le cautionnement à terme devient pur et simple par le décès de la caution. »

ARTICLE 706. — « Si la dette est à terme, mais le cautionnement exigible, le créancier, après la conclusion du cautionnement, a le droit de la réclamer de la caution. »

ARTICLE 707. — « Si le créancier donne décharge au débiteur, la caution n'est pas libérée sauf s'il s'agit de la remise même de la dette. »

ARTICLE 708. — « Celui qui cautionne la garantie que doit le vendeur est déchargé en cas de résiliation de la vente à l'amiable ou par l'exercice du droit d'option. »

SECTION III

De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution

ARTICLE 709. — « La caution n'a droit de recours qu'après le paiement de la dette, mais elle bénéficie de ce droit lorsque le débiteur s'est engagé à lui rapporter sa décharge dans un certain temps et lorsque ce temps est échu. »

ARTICLE 710. — « Si la caution, avec le consentement du créancier, transfère à une autre personne l'obligation de payer la dette et cette personne donne son acceptation, cet acte doit être considéré comme un paiement de sa part, et lui donne un droit de recours contre le débiteur ; il en est de même du transfert de l'obligation de la caution de la part du créancier, en faveur d'un tiers. »

ARTICLE 711. — « Si la caution paie la dette au créancier et si le débiteur la rembourse de nouveau, la caution n'aura pas de recours contre le créancier, et elle devra se retourner contre le débiteur ; celui-ci peut répéter du créancier ce qu'il a touché. »

ARTICLE 712. — « Si le créancier décède et que la caution lui succède, elle aura un droit de recours contre le débiteur. »

ARTICLE 713. — « Si la caution a payé le créancier moins que le montant de la dette, elle ne peut réclamer plus que ce qu'elle a donné, même si elle a transigé la dette à une somme moindre. »

ARTICLE 714. — « Si la caution donne plus

que la dette au créancier, elle n'a pas de recours pour l'excédent sauf quand elle a payé avec le consentement du débiteur. »

ARTICLE 715. — « Si la dette est à terme et que la caution la paie avant l'échéance, elle ne pourra pas, tant que le terme n'est pas échu, réclamer le paiement au débiteur. »

ARTICLE 716. — « Si la dette est échue, la caution peut, après le paiement, la réclamer au débiteur, même si le cautionnement a un terme et si ce terme n'est pas arrivé, sauf le cas où le débiteur a donné son agrément au cautionnement à terme »

ARTICLE 717. — « Si le débiteur paie la dette, la caution est libérée quoique celle-ci n'ait pas acquiescé au remboursement de sa part. »

ARTICLE 718. — « Si le créancier acquitte la caution de la dette, celle-ci et le débiteur sont libérés conjointement. »

ARTICLE 719. — Lorsque le créancier décharge la caution ou lorsqu'un tiers paie gratuitement la dette garantie par la caution, celle-ci n'a pas de droit de recours contre le débiteur. »

ARTICLE 720. — « La caution qui a cautionné *animo donandi* n'a pas un droit de recours contre le débiteur principal. »

SECTION IV

De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs

ARTICLE 721. — « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné, chacune pour sa part et portion, un

même débiteur, pour une même dette, le créancier a un droit de recours contre chacune pour sa part et portion. Si une des cautions paie la totalité de la dette, elle aura un droit de recours contre chacune des cautions qui a donné son approbation, pour sa part. »

ARTICLE 722. — « Le certificateur de caution n'a pas droit du recours contre le débiteur principal ; il doit s'adresser à son débiteur ; ainsi chaque caution recourt à son débiteur jusqu'à ce qu'on arrive au débiteur principal. »

ARTICLE 723. — « Dans un contrat nécessaire on peut s'engager à payer la dette d'autrui ; dans ce cas la condition suspensive insérée dans l'engagement ne l'annule pas, tel est le cas où quelqu'un subordonne son paiement au défaut de paiement de la part du débiteur. »

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages de langue iranienne

- ADLE (Mostapha). — Droit civil iranien. Téhéran, 1929.
BORUDJERDI (Abdohu). — Ussul Ghazaï. Téhéran, 1932.
CHEIK BAHAI. — Djamé-Abassi.
GHOMI (Abolghassem). — Djameo-Chatate.

Ouvrages de langue arabe

- CHAHIDE SANI. — Massalek.
MOHAGHEGH. — Charayé.
YAZDI (Seyed Kazem). — Orvatol-Vosgha.

Ouvrages de langue française

- ABDOH (Djalal). — L'Elément psychologique dans les contrats suivant la conception iranienne. Paris, 1938.
AMIR-SOLEIMANI (A.). — La formation et les effets des contrats en droit iranien. Paris, 1936.
BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et Albert WAHL. — Traité théorique et pratique de droit civil, tome XXV, Paris, 1907.
CAPITANT (H.). — Cours élémentaire de droit civil français. Paris, Dalloz, 1936.
DEMOGUE (R.). — Cours de droit civil, 2^e année, 1934-1935.
GENY (François). — Science et technique en droit privé positif. Paris, 1927.
GUILLOURD (L.). — Traités du cautionnement et des transactions. Paris, 1895.

HOSSEINI-TÉHÉRANI (Mortezâ). — Le statut de la femme mariée en droit shyite. Paris 1935.

NASSIRI (Mohamed). — La donation en droit iranien. Paris, 1937.

PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE. — Traité pratique de Droit civil français. Tome VII, Paris, 1931.

PLANIOL, RIPERT, ROUAST et SAVATIER. — Traité pratique de Droit civil français. Tome XI, Paris, 1932.

QUERRY (A.). — Droit musulman. Recueil de lois concernant les musulmans shyites. 2 volumes. Paris, 1871-1872.

Ouvrages de langue anglaise

CHITTY. — Chitty's treatise on the law of contracts. The nineteenth Edition 1937. London : Sweet and Maxwell, Limited.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I

<i>Aperçu très sommaire sur l'élaboration historique du droit civil iranien</i>	7
---	---

II

<i>Appréciation critique du droit shyite</i>	8
A. — LES DONNÉES	10
a) Les données naturelles ou réelles	11
b) Les données historiques	12
c) Les données rationnelles	15
d) Les données idéales	19
B. — LE CONSTRUIT	25

III

<i>L'attitude des rédacteurs du code civil iranien</i>	26
--	----

IV

<i>Notions générales. — Plan de l'essai</i>	27
---	----

PREMIERE PARTIE

DE LA NATURE ET DES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CAUTIONNEMENT

CHAPITRE PREMIER. — <i>Des caractères du cautionnement</i>	33
SECTION I. — <i>L'étymologie du mot Zéman</i>	34
a) L'attitude des rédacteurs du code civil iranien	36
b) L'appréciation critique de cette attitude	36

SECTION II. — <i>La définition et les trois caractères du contrat de cautionnement</i>	40
a) Définition du cautionnement	40
b) Les trois caractères du contrat de cautionnement	42
1° Le cautionnement est un contrat unilatéral	42
2° Le cautionnement est un contrat accessoire	43
3° Le cautionnement est en général un contrat de bienfaisance	49
SECTION III. — <i>Comparaison du contrat de cautionnement avec d'autres engagements</i>	53
a) Comparaison du contrat de cautionnement avec la promesse de cautionnement	54
b) Comparaison du contrat de cautionnement avec la recommandation ou le conseil ..	55
c) Comparaison du contrat de cautionnement avec la clause de porte-fort	56
d) Comparaison du contrat de cautionnement avec la prestation promise de la part d'une tierce personne	57
e) Comparaison du contrat de cautionnement avec la novation par changement de débiteur	60
f) Comparaison du cautionnement avec Havalé (cession de créance et cession de dette)....	64
g) Comparaison du contrat de cautionnement avec le gage	67
h) Comparaison du contrat de cautionnement avec le contrat d'assurance	68
i) Définition du contrat de cautionnement d'après les attributs susvisés	69
CHAPITRE II. — <i>De la formation du contrat de cautionnement</i>	71
SECTION I. — <i>Des conditions requises pour la validité du cautionnement</i>	71
a) Le consentement des parties	71
b) La capacité de s'obliger	74
c) La préexistence d'une obligation principale	77
d) L'engagement personnel de la caution....	78
e) L'obligation de la caution ne doit pas être limitée au cas de non-paiement de la part du débiteur principal	79

SECTION II. — <i>Les obligations qui sont susceptibles d'être cautionnées</i>	87
A. — Le cautionnement des dettes nées d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un quasi-délit et d'un délit	87
B. — Le cautionnement de l'obligation naturelle	88
C. — Le cautionnement des obligations entachées des exceptions purement personnelles au débiteur ou inhérentes à la dette	90
D. — Le cautionnement de l'obligation entachée d'un vice de consentement	93
a) L'erreur	93
1° Arguments de textes	94
2° Arguments rationnels	98
3° Arguments d'analogie	100
b) La violence	100
c) Le dol	101
d) La lésion	102
CHAPITRE III. — <i>De l'étendue et de l'interprétation du cautionnement</i>	105
A. — Le principe dominant concernant l'étendue et l'interprétation du cautionnement	105
B. — Les conséquences tirées du principe dominant tionnement touchant l'étendue et l'interprétation du cau- <i>Première conséquence</i> <i>Deuxième conséquence</i> <i>Troisième conséquence</i>	106 107 108 110
C. — Du cautionnement illimité	110
CHAPITRE IV. — <i>Des diverses espèces de cautions et de l'obligation de fournir caution</i>	113
SECTION I. — <i>Des diverses espèces de cautions</i> ..	113
SECTION II. — <i>De l'obligation de fournir caution</i>	114
A. — La solvabilité de la caution solvabilité de la caution	115 119
B. — La charge de la preuve concernant l'in-	

DEUXIEME PARTIE

DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT

CHAPITRE PREMIER. — <i>Des effets du cautionnement entre le créancier et la caution</i>	123
SECTION I. — <i>Des effets du cautionnement entre le créancier et la caution d'après le code civil iranien</i>	123
A. — <i>Epoque où le créancier peut agir</i>	124
B. — <i>L'imputation du paiement en cas de cautionnement partiel</i>	126
C. — <i>Pluralité de cautions</i>	127
D. — <i>Les exceptions que la caution peut opposer</i>	131
SECTION II. — <i>Les effets du cautionnement entre le créancier et la caution d'après le code de procédure civile iranien, avant la promulgation de la loi du 26 et du 28 Esfande 1308 (19 mars 1930) concernant la saisie conservatoire de l'objet du litige</i>	133
A. — <i>Observation</i>	135
B. — <i>Caution intégrale et sous condition suspensive</i>	134
C. — <i>Le bénéfice de discussion</i>	1.
SECTION III. — <i>Les effets du cautionnement entre le créancier et la caution d'après le code de procédure civile iranien, après la promulgation de la loi du 26 et du 28 Esfande 1308 (19 mars 1930) concernant la saisie conservatoire de l'objet du litige (Taminé-Modaabé)</i>	141
CHAPITRE II. — <i>Des effets du cautionnement entre le débiteur et la caution</i>	145
SECTION I. — <i>Du droit de recours de la caution</i>	145
A. — <i>Montant du recours</i>	147
B. — <i>Conditions du recours</i>	150
C. — <i>Epoque du recours</i>	155
SECTION II. — <i>La subrogation de l'article 2029 du code civil français est-elle concevable dans le cautionnement du droit iranien ?</i>	159

CHAPITRE III. — <i>Des effets du cautionnement entre les cautions</i>	167
SECTION I. — <i>Pluralité de cautions</i>	167
SECTION II. — <i>Recours en cas de paiement</i>	171
A. — <i>Nature du recours et garanties qui y sont attachées</i> :	174
B. — <i>Conditions du recours</i>	175
SECTION III. — <i>Recours en cas de faute</i>	177
SECTION IV. — <i>Recours du certificateur de caution</i>	178

TROISIEME PARTIE

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

GENERALITES. — <i>La comparaison du cautionnement-transmission et du cautionnement-adjonction au point de vue de leur extinction</i>	181
Le principe directeur dans l'extinction du cautionnement	181
SECTION I. — <i>Le paiement. L'arrivée et la prorogation du terme</i>	183
SECTION II. — <i>La résolution et la nullité de l'engagement</i>	189
SECTION III. — <i>La remise de la dette</i>	192
SECTION IV. — <i>La novation</i>	195
SECTION V. — <i>La compensation</i>	197
SECTION VI. — <i>La confusion</i>	198
SECTION VII. — <i>Le serment. La chose jugée. La transaction</i>	199
SECTION VIII. — <i>La prescription de l'obligation cautionnée</i>	201
SECTION IX. — <i>La perte de la chose due</i>	203
CONCLUSION	205

ANNEXE. — Traduction du chapitre du contrat de cautionnement du code civil iranien	210
CHAPITRE XIV. — <i>Du cautionnement contractuel</i>	210
SECTION I. — <i>Dispositions générales</i>	210
SECTION II. — <i>De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution</i>	212
SECTION III. — <i>De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution</i>	214
SECTION V. — <i>De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs</i> . . .	216
BIBLIOGRAPHIE . . .	217

